



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

**El Derecho de Autor y Educación Virtual: Caso Universidad Nacional de
Colombia – Universidad de los Andes – Universidad Nacional Abierta y a
Distancia (UNAD)**

RAMIRO ANDRÉS FLÓREZ GARROTT

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derechos, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia
2011**

**El Derecho de Autor y Educación Virtual: Caso Universidad Nacional de
Colombia – Universidad de los Andes – Universidad Nacional Abierta y a
Distancia (UNAD)**

RAMIRO ANDRÉS FLÓREZ GARROTT

**Tesis presentada como requisito parcial para optar al título de:
Magíster en Derecho**

**Director
Magíster en Derecho, FREDY ANDREI HERRERA OSORIO**

**Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derechos, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá, Colombia**

2011

A mi familia:

Gracias por su apoyo y su fe en mí, porque este logro se los debo a uds.

Gracias también a todos aquellos que en mi camino me han brindado su mano amiga para escalar cada peldaño en este duro sendero.

RESUMEN

La limitación y excepción al derecho patrimonial de autor con fines educativos vigente en Colombia no es apta responder a las nuevas situaciones del entorno digital como lo es la educación virtual. Se indagó en tres universidades de la ciudad de Bogotá (UNAL – UNIANDES – UNAD) acerca de la forma en que abordan este vacío normativo, encontrándose en la mayoría de ellas que hacen una interpretación extensiva de la normativa vigente, además de adoptar medidas procedimentales y tecnológicas que les permitan mantener un equilibrio entre el derecho de autor y el derecho a la educación. Igualmente se hace un estudio de la legislación norteamericana y española aplicable al caso para tener una visión comparada. Adicionalmente se solicitó el concepto que tienen acerca de esta problemática a la Dirección Nacional de Derechos de Autor y al Centro de Derechos Reprográficos.

Palabras clave: Derecho – Autor - Educación – Virtual – Digital – Limitación – Excepción.

ABSTRACT

The limitation and exception to the economic rights of copyright for education in force in Colombia is not suitable to meet the new realities of the digital environment such as virtual education. Research was conducted at three universities in Bogota (UNAL - UNIANDES - UNAD) about how they address this regulatory gap found in most of them to make a broad interpretation of the rules, as well as procedural measures and technology to enable them to maintain a balance between copyright and the right to education. Likewise, a study of United States and Spain law applicable to the case for a comparative vision. Data was also requested their concept on this problem to the National Directorate of Copyright and Reproduction Rights Center.

Keywords: Copyright – Education – Virtual – Digital – Limitation – Exception.

CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	11
1. EL DERECHO DE AUTOR – GENERALIDADES	23
1.1 ¿QUÉ ES EL DERECHO DE AUTOR?	23
1.2 OBJETO DE PROTECCIÓN	25
1.2.1 Obras	27
1.3 SUJETO DE PROTECCIÓN	28
1.3.1 Derechos Morales	29
1.3.2 Derechos Patrimoniales	29
2. BREVE RECUENTO HISTÓRICO DE LOS TRATADOS Y CONVENIOS INTERNACIONALES DE DERECHOS DE AUTOR	34
2.1 EL CONVENIO DE BERNA	34
2.1.1 Libre Utilización de las Obras en el Convenio de Berna	39
2.2 ACUERDO SOBRE ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO – ADPIC	40
2.3 DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993	44
2.4 TRATADO OMPI DE DERECHOS DE AUTOR DE 1996 (TODAWCT)	51
2.4.1 Limitaciones y excepciones	53

2.4.2 Medidas Técnicas de Protección (MTP)	55
2.4.2.1 Medidas Técnicas que Impiden el Acceso	56
2.4.2.2 Medidas Técnicas que Controlan el uso del Contenido	58
2.4.3 Gestión de Derechos	58
 3. LA EDUCACIÓN Y LOS AMBIENTES VIRTUALES	 63
3.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS	63
3.2 EDUCACIÓN A DISTANCIA	66
3.3 EDUCACIÓN VIRTUAL	69
 4. LA EDUCACIÓN VIRTUAL Y EL DERECHO DE AUTOR EN ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS	 76
4.1 LA EDUCACIÓN VIRTUAL Y EL DERECHO DE AUTOR EN ESPAÑA	76
4.1.1 Constitución española	76
4.1.2 Directiva Europea 2001/29/CE, Relativa a la Armonización de determinados Aspectos de los Derechos de Autor y los Derechos Afines a los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información	79
4.1.3 Real Decreto Legislativo 1 de 1996 / Ley de Propiedad Intelectual en España	85
4.1.4 Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO)	96
4.1.5 Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED	100

4.2 LA EDUCACIÓN VIRTUAL Y EL DERECHO DE AUTOR EN ESTADOS UNIDOS	109
4.2.1 Constitución de Estados Unidos	109
4.2.2 Copyright Act	110
4.2.3 Digital Millenium Copyright Act (DMCA)	115
4.2.4 Ley TEACH	123
4.2.4.1 Limitaciones y excepciones	127
4.2.5 Universidad de Phoenix – Arizona	130
5. LA EDUCACIÓN VIRTUAL Y EL DERECHO DE AUTOR EN COLOMBIA	137
5.1 PANORAMA DE LA EDUCACIÓN VIRTUAL EN COLOMBIA	137
5.1.1 Ley penal colombiana	142
5.1.2 Ley 1341 de 2009 – Ley TIC	144
5.2 NORMATIVIDAD AUTORAL VIGENTE EN COLOMBIA	147
5.2.1 Ley 23 de 1982	147
5.2.2 Decisión 351 de 1993	148
5.2.3 Tratado OMPI de Derechos de Autor de 1996	150
5.3 DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR	153
5.3.1 Entrevista a Fernando Zapata López	154
5.4 CONCEPTO CENTRO COLOMBIANO DE DERECHOS REPROGRÁFICOS (CDR)	164

6. ESTUDIO DE CASO: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES Y UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA.	170
6.1 UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA	170
6.1.1 Acuerdo 035 de 2003 – Reglamento de Propiedad Intelectual	171
6.1.2 Estatuto Docente de la UNAL – Acuerdo 035 de 2002	175
6.1.3 Reglamento Estudiantil UNAL – Acuerdo 008 de 2008	176
6.1.4 Dirección Nacional de Servicios Académicos Virtuales y el Derecho de Autor	177
6.1.4.1 Entrevista a Carolina Queruz – Asesora de la DNSAV	177
6.2 UNIVERSIDAD DE LOS ANDES	183
6.2.1 Reglamento de Propiedad Intelectual 2010	183
6.2.2 Reglamento sobre el Uso de los Servicios de Tecnología Informática y de Telecomunicaciones de la Universidad	188
6.2.3 Reglamento Estudiantil UNIANDES	191
6.2.4 Estatuto Docente – UNIANDES	192
6.2.5 Universidad de los Andes – Aulas Virtuales	193
6.2.5.1 Comunicado de Ricardo Pedraza Barrios	193
6.3 UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA – UNAD	197
6.3.1 Acuerdo 006 de 2008 – Estatutos de Propiedad Intelectual	198

6.3.1.1 Producción Intelectual en Formato Digital	203
6.3.2 Acuerdo 008 del 03 de Octubre de 2006 - Reglamento Estudiantil UNAD	203
6.3.3 Acuerdo No. 009 del 26 de Octubre de 2006 - Estatuto Docente UNAD	204
6.3.4 UNAD – Aulas Virtuales y el Derecho de Autor	205
6.3.4.1 Entrevista a Martha Viviana Vargas	205
7. CONCLUSIONES	219
BIBLIOGRAFÍA	231

INTRODUCCIÓN

La educación¹ ha sido y es uno de los pilares del desarrollo humano y de toda sociedad. A través de ella se hace posible transmitir generacionalmente el conocimiento que se ha adquirido en diferentes áreas del saber o disciplinas. Asimismo, el educar permite la construcción de pensamientos y progresos intelectuales a los que se pretende que tengan acceso a todas las personas. Este acceso se convierte en un derecho del cual dependen otra serie de derechos como el de un nivel de vida adecuado² y el derecho al trabajo³ tan solo para nombrar algunos.

El proceso educacional siempre se ha servido de un factor clave como la comunicación para transmitir los conocimientos. A través de la historia podemos identificar que la educación se ha valido de diferentes herramientas comunicacionales, un ejemplo de ello es la antigua Grecia y sus pensadores como Aristóteles, Platón y Sócrates quienes transmitían sus conocimientos de manera verbal a sus discípulos⁴. Posteriormente, a través de los libros se

¹ Discover Education. [en línea]. [Consultado el 8 de octubre de 2011] Disponible en: <http://www.discovereducation.org/index.php/uncategorized/la-definicion-de-educacion/>; La palabra educación viene de la palabra latina educere que significa guiar, conducir o de educare que significa formar o instruir, y puede definirse como: todos aquellos procesos que son bi-direccionales mediante los cuales se pueden transmitir conocimientos, costumbres, valores y formas de actuar. La educación no se lleva a cabo solamente a través de la palabra sino, está presente en todos nuestros sentimientos, actitudes y acciones. Es el proceso de concentración y vinculación cultural, moral y conductual.

² Ibíd. Artículo 25: 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

³ Ibíd. Artículo 23: 1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.

⁴ MICROSOFT Corporation. [Enciclopedia Encarta], 2009. Pedagogía: *“La dialéctica y la mayéutica, practicada por Sócrates en sus famosos diálogos, eran consideradas técnicas capaces de hacer progresar el razonamiento y el conocimiento.”*

mantienen los saberes no sólo en la mente de la persona que enseña y de quien es instruida, sino que se pone al alcance de quienes quieran acceder a éste, no sin hacer de lado los problemas propios de la Edad Media como lo era el gran número de personas que no sabían leer y escribir, además de haberse concentrado las bibliotecas en las abadías y confiarse la guarda de los libros y de la educación a los monjes o religiosos. Años más tarde, la imprenta de Gutenberg⁵ llegaría para masificar la producción de libros y textos escritos, facilitando la difusión del conocimiento. Se puede afirmar entonces que desde este momento la tecnología empieza a incursionar en el proceso de propagación o masificación de textos que eventualmente, porque no todos eran susceptibles de ser tenidos en cuenta para la enseñanza, serían utilizados en la educación de más personas.

Años después, y dada la aparición del libro impreso, se expide en 1709 el Estatuto Británico de la Reina Ana, normatividad que, fue la primera ley de derecho de autor que se tiene conocimiento⁶, y que fue promovida por los editores para eliminar el monopolio de los impresores sobre las obras que circulaban en ese entonces. Dentro de sus particularidades se puede encontrar que omite la censura de la época, reducía el monopolio de explotación a 14 años renovables y este derecho se concedía a cualquier editor⁷. Encontramos aquí, un monopolio que tenían los editores sobre una producción intelectual que se materializaba en libros. Los editores, podían disponer, porque no se tenía normatividad en contrario, de este tipo de propiedad como bien quisieran, lo cual nos deja ver que el acceso para ciertos fines podía ser obstaculizado o simplemente negado. Dado que para ese entonces copiar un libro era una tarea que implicaba una gran inversión en tiempo y un tremendo trabajo manual, entendiéndose por ello transcribir, era mucho mejor comprar los ejemplares originales. Esto transmitía

⁵ MICROSOFT Corporation. [Enciclopedia Encarta], 2009. Johann Gutenberg. Nacido en Alemania en el año 1400. En 1438 junto con Andreas Dritzehn llevó a cabo los primeros pasos para la elaboración de lo que se conocería como la imprenta en 1450.

⁶ Derecho de autor. [en línea]. [Consultado el 8 de octubre de 2011] Disponible en: http://www.edicion.unam.mx/html/3_1.html

⁷ CARREÑO, Rafael. Derecho de Autor: Un viejo Campo Minado. diapositiva 7, Disponible en: www.cenditel.gob.ve/node/655; Visitado el 20 de febrero de 2009.

cierto nivel de seguridad a quienes poseían los derechos de explotación económica sobre las obras pues no veían una seria amenaza a su actividad.

Locke afirmaba que *“el hombre es dueño de sí mismo, propietario de su persona y sus acciones”*⁸. A partir de la anterior afirmación, hacia finales del siglo XVIII se desarrolla una tesis acerca de un derecho moral o “espiritual” que liga la obra con la persona que la produjo, ya que siendo la producción intelectual una expresión del espíritu del hombre, no se puede desprender éste de su propia persona o espíritu. Esto se vio reflejado en los contratos que se celebraban en ese entonces, a través de los cuales el autor, quien desarrollaba o escribía la obra, le transmitía los derechos de explotación, entendidos como derechos económicos o patrimoniales, al editor, pero no confería de manera total la propiedad de la obra, estableciéndose así una diferencia entre el soporte o medio que la contiene y la obra intelectual⁹.

Posteriormente con la conformación de los Estados se dictaron normas internas que protegían exclusivamente al autor nacional. Dada la carencia de una protección mutua a los autores extranjeros, a falta de acuerdos o tratados internacionales, y la generalizada normativización o regulación de la actividad autoral se da paso en 1886 al Convenio de Berna, que es el primer Convenio internacional que se hace en torno al derecho de autor y en el cual se consagran unas limitaciones y excepciones a los derechos que tienen los autores o derechohabientes¹⁰, en este caso los editores, de manera específica, entre ellas el de permitir el uso de sus obras con fines educativos¹¹. Con el desarrollo

⁸ VARGAS SÁNCHEZ, Pedro Camilo. Historia del Derecho de Autor. en línea]. [Consultado el 29 de abril de 2009] Disponible en: <http://www.mincultura.gov.co/index.php?idcategoria=7401>

⁹ Ibídem

¹⁰ Es posible considerar por “derechohabientes” lo contenido en la Decisión 351 de 1993, artículo 3: Persona natural o jurídica a quien por cualquier título se transmiten derechos reconocidos en la presente Decisión.

¹¹ Convenio de Berna, artículo 10: 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.

tecnológico, se dio vida en 1937 a la xerocopia, fotocopidora o máquina de reproducción reprográfica como es comúnmente conocida. Una vez mecanizado este proceso, se lograron obtener copias de alta calidad de textos completos y mucho más rápido que con la transcripción.

Frente a este nuevo desarrollo tecnológico que permitía una masificación en la copia de los textos originales, los editores vieron en ello una amenaza para su actividad económica, dadas las nuevas facilidades que permitía esta tecnología. A pesar de esto no puede desconocerse que incluso este proceso de copiado implicaba un desplazamiento y búsqueda del material que era objeto de interés de la persona que realizaba dicha actividad. Por otro lado con respecto a las bibliotecas también permite la conservación de textos o libros que se encuentren discontinuados ya que a través de este tipo de reproducción se hace posible su existencia para posteriores consultas, además de contribuir a la preservación del patrimonio cultural.

Dados los avances tecnológicos, el Convenio de Berna tiene que actualizar sus contenidos para adaptarse a las nuevas tecnologías, por lo que se modifica el 24 de julio de 1971 por medio de el Acta de París¹², puesto que al momento de su elaboración original no existía el cine, la radio, la televisión ni las máquinas de fotocopiado, entre otros, manejando así un concepto genérico de reproducción para abarcar todas las formas existentes y por descubrir. Finalmente, con la llegada de la tecnología digital¹³ se da el salto en el manejo, almacenamiento,

¹² WORLD INTELLECTUAL PROPERTY. [en línea]. [Consultado el 12 de enero de 2009]. Disponible en http://www.wipo.int/clea/es/text_html.jsp?lang=es&id=4019.

¹³ CASSANY. Daniel. De lo analógico a lo digital. El futuro de la enseñanza de la composición. [en línea]. [Consultado el 12 de enero de 2009]. Disponible en <http://www.navactiva.com/web/es/atic/doc/glosario/internet/?letra=T>. Se entiende por tecnología digital el “tipo de tecnología que envía una señal por intervalos discretos (paquetes de información), en tramas constantes formados por unos y ceros código binario”. El código binario es el lenguaje utilizado por los computadores para el desarrollo de sus tareas, elabora un cuadro en el que sistematiza las características que marcan el paso de lo análogo a lo digital en el ámbito educativo de la siguiente manera: **“A) Entorno Analógico: A1) Ámbito Pragmático: 1. Interlocutores: comunidad de habla local, nacional, idiomática). Monoculturalidad; 2. Acceso limitado a los destinatarios y recursos enciclopédicos; 3. Mundo presencial con coordenadas físicas; 4. Canal visual. Lenguaje gráfico; 5. Interacción diferida, transmisión lenta; 6. Alto coste. A2) Ámbito Discursivo: 7. Linealidad. Itinerario único; 8. Intertextualidad retroactiva. Texto cerrado; 9. Géneros tradicionales: carta, informe, invitación, libro; 10. Elaboración oracional. A3) Ámbito del Proceso de Composición: 11. Procesamiento lento; 12. Sobrecarga cognitiva; 13.**

reproducción, distribución y comunicación de las obras. Los avances tecnológicos han tenido una especial repercusión en las tecnologías de la información y la comunicación¹⁴ (en adelante TICs), brindando nuevas formas de reproducir y difundir el conocimiento que se puede expresar en diferentes medios. Con este tipo de desarrollo, la educación se ha servido de las diferentes herramientas tecnológicas que se han puesto sobre la mesa en la historia. Actualmente estamos frente a un panorama en el cual la educación a distancia ha tenido una expansión dadas las facilidades que nos brindan las TICs. Con frecuencia podemos ver en nuestros correos electrónicos diferentes ofertas de programas educativos cuya modalidad es el del e-learning o educación virtual, el cual es objeto de estudio de la presente tesis de maestría.

Tal y como se puede apreciar, la comunicación es uno de los elementos básicos fundamentales de la educación, la cual se apoya en múltiples herramientas. Se dio inicio con la transmisión verbal del conocimiento, luego se pasó a los libros hechos a mano seguido de la posibilidad de multiplicar el número de copias con un uso menor de tiempo tal y como fue posible con la imprenta. En estos dos últimos se hacía indispensable la presencia de un profesor¹⁵ para la guía en el proceso educacional, ya que este oficio requiere el conocimiento y manejo de textos de

Aprendizaje heterodirigido. B) Entorno Digital: B1) Ámbito Pragmático: 1. Interlocutores: comunidades virtuales. Diversidad cultural; 2. Acceso ilimitado; 3. Mundo virtual y ubicuo; 4. Canales visual y auditivo. Hiper o multimedia; 5. Interacción simultánea, transmisión instantánea; 6. Bajo coste. B2) Ámbito Discursivo: 7. Hipertextualidad. Diversidad de itinerario; 8. Intertextualidad proactiva explícita: enlaces, texto abierto; 9. Géneros nuevos: e-mail, chat, web; 10. Fraseología específica; B3) Ámbito del Proceso de Composición: 11. Procesamiento eficaz: ingeniería lingüística; 12. Descarga cognitiva. Énfasis en lo estratégico; 13. Énfasis en los recursos autodirigidos."

¹⁴ MICROSOFT Corporation. [Enciclopedia Encarta], 2009. Las nuevas tecnologías de la información se basan en la microelectrónica se entiende por *microelectrónica* "la técnica de diseñar y producir circuitos electrónicos en miniatura, aplicando especialmente elementos semiconductores"; ver enciclopedia Encarta 2009), además de el desarrollo de los discos compactos y la fibra óptica, que han permitido mayores capacidades en el procesamiento de información incluyéndose el almacenamiento, transmisión, manipulación y visualización de información en formato de video, texto, audio, multimedia, etc.). Actualmente la fibra óptica es el elemento más utilizado en la comunicación, tanto para comunicaciones transcontinentales como locales dadas sus propiedades de transmisión de datos mayor velocidad y menor pérdida de datos), además de no necesitar un repetidor tan cercano dadas las largas distancias que puede recorrer la fibra óptica requiere un repetidor cada 100 km y las redes de cobre cada 1.5 km).

¹⁵ MICROSOFT Corporation. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española DRAE. [Enciclopedia Encarta], 2009. La palabra profesor viene del latín *profesor* que significa: "persona que ejerce o enseña una ciencia o un arte."

acuerdo a la disciplina o área del conocimiento que se esté enseñando. El uso de los libros en este punto era prácticamente imprescindible ya que gracias a ellos se han podido conservar conocimientos y saberes milenarios provenientes de diversas culturas. Posteriormente pudimos observar que la tecnología hizo posible la masificación de la reproducción de textos con alta calidad y en menos tiempo que con la imprenta como lo fue a través de la fotocopidora o xerox copia, pero esto no hizo a un lado el uso de los libros como medio comunicacional. Finalmente en la era digital las TICs han venido a replantear el uso exclusivo de materiales análogos al tener la educación virtual como una modalidad de la educación a distancia¹⁶ dado que en esta ya se tienen en cuenta no solo los libros sino material bibliográfico digitalizado o electrónico llamado e-book, además de no necesitar la presencia física del profesor en el mismo sitio en el que se encuentra el educando.

Por otro lado tenemos el derecho de autor que es una normatividad de derecho privado que protege un derecho de propiedad que, en principio, recae sobre la persona física que crea una obra, confiriéndole un monopolio sobre ella. No obstante, el titular de el derecho patrimonial de autor puede transmitirlo ya sea a otra persona física, persona natural, o a una empresa o entidad¹⁷, persona jurídica, a través de los modos de transmisión de derechos establecidos en la ley colombiana. En el caso que no sea el autor quien detenta los derechos patrimoniales, se habla de derechohabientes¹⁸ o titulares de derechos.

¹⁶ HÖLMBERG, Börje. Educación a distancia. Situación y perspectivas. Buenos Aires: Kapelusz, 1985. Se entiende que educación a distancia *“es una modalidad educativa que permite el acto educativo mediante diferentes métodos, técnicas, estrategias y medios, en una situación en que alumnos y profesores se encuentran separados físicamente y sólo se relacionan de manera presencial ocasionalmente, según sea la distancia, el número de alumnos, tipo de conocimientos que se imparte, etc.”*

¹⁷ Ley 23 de 1982. Colombia. art. 30. Según la normatividad autoral lo que se transmite son los derechos patrimoniales o de explotación económica de la obra, los derechos morales siempre quedan en cabeza del autor dado que se consideran una extensión de la persona humana y por ello son perpetuos, irrenunciables e inalienables.

¹⁸ DECISIÓN ANDINA 351 de 1993. artículo 3. Denomina derechohabiente como la “persona natural o jurídica a quien por cualquier título se transmiten derechos reconocidos en la presente Decisión.”

Frente al monopolio que tienen los autores o derechohabientes, según el caso concreto, sobre las obras para autorizar los usos o formas de explotación que se le puedan dar, existen unas limitaciones y excepciones a este derecho de autor¹⁹. El glosario de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI / WIPO World Intellectual Property Organization por sus siglas en inglés) define las limitaciones como *“disposiciones legales sobre los derechos de autor que limitan el derecho exclusivo del autor por lo que se refiere a la explotación de su obra”*²⁰. No debemos olvidar, como lo sostiene el tratadista Hernán Correa Cardozo, quien afirma que las obras protegidas por el derecho de autor tienen dos dimensiones: una dimensión económica (que es la que corresponde al derecho patrimonial o económico), la cual obedece a un interés individual y en cierto sentido, egoísta, y una dimensión cultural²¹, cuyo objeto es la promoción de la educación, la información y la cultura, elementos que permean a todas las personas. Si miramos lo que comprende cada una de estas dimensiones, podemos encontrar una contradicción entre ellas, por un lado se considera a la obra como un producto que se puede vender o explotar económicamente en un mercado, esta explotación implica limitar el acceso sólo a aquellas personas que paguen y se ajusten a los parámetros de uso que imponga el titular de derechos, lo cual riñe con la difusión y acceso universal de las obras dado que no busca percibir una retribución económica, dando cabida para afirmar que esta dimensión se relaciona con los intereses de los usuarios. Es en este punto donde no siempre se encuentra una relación armónica de fines o intereses, llevándonos así a determinar unos casos específicos o especiales en los cuales predomina uno sobre el otro. Según Hernán Correa Cardozo, las limitaciones y excepciones al derecho de autor nacen

¹⁹ En el presente trabajo cuando se haga mención al derecho de autor será de forma genérica, incluyéndose los casos en que sean los autores quienes detentan los derechos patrimoniales y morales, como aquellas personas naturales o jurídicas que hayan adquirido y detenten el derecho patrimonial.

²⁰ ANÓNIMO. Glosario de derechos de autor. [en línea]. [consultado el 1 de mayo de 2009]. Disponible en http://www.acta.es/derechos_autor/da_glosario.htm. También se conocen bajo el nombre de excepciones.

²¹ CORREA CARDOZO, Hernán. Retos del Entorno Digital al Régimen de Limitaciones y Excepciones. En Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, CERLALC. Año 1, Enero - Junio 2007; p. 102 – 103. Las obras son bienes culturales, las cuales *“son vehículos de la actividad intelectual, con una eminente vocación de difusión universal. A su vez estos bienes tributan a los derechos de educación, información y cultura que cobijan a todas las personas en los regímenes democráticos. Por ende, los gobiernos promueven su amplia difusión, a fin de garantizar la uniformidad de posibilidades de acceso de los individuos al conocimiento.”*

de la necesidad de ofrecer un equilibrio entre los derechos patrimoniales de autor y los intereses de los usuarios, para así superar la visión que se tiene de derechos opuestos, tal y como se percibe el derecho de autor y el derecho a la educación, a la información y la cultura. Al hablar de equilibrio de derechos, se tiene por objetivo el *“no distanciarse demasiado de ninguna de las dos posiciones como tampoco sacrificar las prerrogativas que se han dispuesto para uno de los extremos a favor del otro.”*²²

En virtud de lo anterior, en las legislaciones de cada país se han establecido los “casos especiales” en los que se permite una utilización de las obras protegidas por el derecho de autor sin necesidad de pagar una remuneración al titular de los derechos económicos o patrimoniales. El origen de las limitaciones y excepciones y de los parámetros para determinar los casos en que se puede acceder a las obras sin pagar proviene del Convenio de Berna de 1886, el cual consagra en su cuerpo varios casos. El criterio para determinar si un caso es susceptible de ser una limitación al derecho de autor es el de la regla de los tres pasos. Esta regla se basa en tres elementos²³:

1. Que sea un caso especial
2. Que no se atente con dicha reproducción la normal explotación de la obra.
3. Que no cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

La educación es uno de los casos especiales que consagra el Convenio de Berna y por medio del cual las personas pueden acceder a las obras, pero este acceso no es total y libre como se verá más adelante en el desarrollo del trabajo. Al particularizar en la legislación vigente en Colombia, la Decisión 351 de 1993 establece como limitación al derecho de autor los fines educativos, pero la reproducción que establece esta normativa es limitada únicamente a medios reprográficos, es decir a la fotocopia, lo cual crea un vacío en el manejo que se le debe dar a las obras que se encuentran entorno digital, particularmente en los cursos virtuales. Estos cursos, como ya se ha dicho, utilizan producciones intelectuales que en principio se encuentran protegidas por el derecho de autor. Al

²² Ibíd. p. 103 - 104.

²³ CONVENIO DE BERNA. artículo 9, numeral 2.

no existir regulación en Colombia para el entorno digital, pero estando en la obligación a raíz del Tratado OMPI de Derechos de Autor, adoptado por la Ley 565 de 2.000, de desarrollar una legislación acorde a ella, nos podemos encontrar en un escenario de posibles transgresiones tanto por parte de las personas que detentan los derechos patrimoniales de autor como de las personas que quieren acceder a las obras.

La presente tesis de maestría no pretende problematizar acerca de cuál derecho debe predominar en el entorno digital y/o hacer planteamientos acerca de la peligrosidad del entorno digital. Se quiere mostrar cómo ha venido desarrollándose el derecho a la educación en la modalidad de educación virtual o e-learning y el derecho de autor, teniendo en cuenta que la era digital ha venido a replantear muchos de los conceptos clásicos que se tenían, lo cual da paso a una transición y a un ambiente de expectativas para los beneficiarios de derechos.

La Unión Europea y Estados Unidos, han dado unas soluciones propias a este tema de la educación virtual y derecho de autor, los cuales constituyen puntos de referencia en tanto son sistemas diferenciados en punto a la protección de estos derechos. Dado que el establecer una limitación y excepción al derecho de autor a favor de la educación en línea es una situación de trascendencia global y no meramente local o regional, ya que por un lado tenemos que la educación de las personas es un derecho humano inherente a ellas, y por otro, que internet ha venido a exigir una reelaboración de conceptos tales como territorialidad y fronteras, debido a que en el entorno digital no existen estas²⁴, así como la adecuación de la disciplina autoral a las nuevas situaciones que han generado las nuevas tecnologías²⁵. El trabajo de investigación por lo tanto, viene a expresarse

²⁴ Gil Ramírez Hernán. Aproximaciones a la Educación Virtual. en línea]. [Consultado el 8 de octubre de 2011] Disponible en: <http://www.utp.edu.co/~chumanas/revistas/revistas/rev24/gil.htm> ; *"No obstante considerarse el ciberespacio como invisible y artificial, éste existe y puede accederse a él libremente, para transmitir información, desde cualquier lugar del mundo y de manera instantánea, a través de los cables de fibra óptica, de los satélites o de las líneas telefónicas, que conforman las rutas de las actuales redes de computadoras. "... desde el punto de vista práctico el ciberespacio es un microcosmo digital en el que no existen fronteras ni distancias, ni autoridad central..." (Joyanes, 1997; 16) y al que puede acceder cualquier persona que esté conectada a la red."*

²⁵ En este sentido, basta con mirar el preámbulo del Tratado OMPI de Derechos de Autor de 1996, en el cual reconoce la necesidad de introducir nuevas normas internacionales y clarificar la

en el estudio de la solución que se le ha dado a esta temática en Estados Unidos y en la Unión Europea, particularmente en España, prosiguiendo a revisar la realidad colombiana en sus aspectos normativos e institucionales y a examinar particularmente el caso de la Universidad Nacional de Colombia en adelante (UNAL), la Universidad de los Andes y la Universidad Nacional Abierta y a Distancia en adelante (UNAD)²⁶ como ejemplos de instituciones educativas.

Es necesario aclarar que en nuestro país se ha dado un gran auge de los cursos en línea, esto lo podemos ver en el estudio que realizó el ICFES (Instituto Colombiano para el Fomento de la Educación Superior) el cual encontró que en Colombia, para el año 1997, el total de alumnos matriculados bajo la modalidad de “educación superior a distancia” era de 77.933, es decir el 10% del total de matriculados en la educación superior del país.²⁷ En el año 2001, el 52% de las instituciones que ofrecían programas de educación en línea eran instituciones universitarias, el 8% instituciones tecnológicas y 40% las universidades, a pesar de lo cual el desarrollo normativo autoral no responde a las necesidades vigentes. Expresado esto, se afirma la existencia de un vacío normativo, dentro del cual se plantea la pregunta de investigación: “¿cómo han manejado la UNAL, la Universidad de los Andes y la UNAD sus cursos virtuales ante un flagrante vacío normativo en lo que corresponde a la limitación y excepción con fines educativos en el entorno virtual?”.

Seguidamente, la hipótesis que se plantea frente al problema de investigación viene a ser formulada en los siguientes términos: La falta de normatividad en ésta área crea un ambiente de tentativas soluciones que vienen a ser planteadas por las mismas instituciones que ofrecen esta modalidad educativa Si bien existe un vacío normativo en lo que respecta al entorno digital por parte del derecho de autor y la educación virtual, la UNAL, la Universidad de los Andes y la UNAD en

interpretación de ciertas normas vigentes a fin de proporcionar soluciones adecuadas a los interrogantes planteados por nuevos acontecimientos económicos, sociales, culturales y tecnológicos.

²⁶ El motivo que impulso la escogencia de estas instituciones educativas se dará en el capítulo correspondiente a cada una de ellas.

²⁷ GONZÁLEZ, Luis José y Otros. La Educación Superior a Distancia en Colombia. Visión Histórica y Lineamientos para su Gestión. Bogotá: ICFES, 2000. 25 p.

sus cursos virtuales han propendido por mantener en dicho entorno el pretendido equilibrio que debe existir entre el derecho a la educación y los derechos de autor tal y como lo buscan los fines de las limitaciones y excepciones.

El objetivo general de esta investigación es el de determinar cuál es la respuesta que se ha dado por parte de los citados centros educativos en términos de la normativa autoral frente al vacío normativo y el nuevo planteamiento que arroja el entorno digital, más exactamente la educación virtual o e-learning.

Los objetivos específicos vienen a estar determinados entonces por el objetivo general, los cuales son:

- Realizar un estudio de la respuesta normativa en la Comunidad Europea, particularmente en España.
- Realizar un estudio de la respuesta normativa en Estados Unidos.

La metodología utilizada durante el trabajo de investigación es de tipo cualitativo, analítico y descriptivo. Dada la escasa bibliografía que trata directamente la temática del presente trabajo investigativo, se procedió a efectuar una búsqueda en centros de información y en páginas web que abordaran por separado cada uno de los aspectos básicos del tema objeto del presente trabajo de investigación, como lo es el derecho de autor y la educación a distancia tanto a nivel nacional como internacional. Identificados las características de cada uno de los factores del estudio, se procedió a la búsqueda y estudio de las normas que regulan nacional e internacionalmente el derecho de autor, al igual que la normatividad de España y de Estados Unidos, así como la regulación interna de uno de los centros educativos más emblemáticos de cada uno de estos países para tener bases suficientes que permitan un análisis comparativo de la respuesta que se ha venido dando desde los centros educativos colombianos objeto del presente estudio. Igualmente se procedió a realizar entrevistas en entidades que se encuentran directamente involucradas en el tema objeto de la presente investigación, tales como la Dirección Nacional de Derechos de Autor y el Centro Colombiano de Derechos Reprográficos. Esto para conocer el concepto que manejan cada una de ellas frente a la presente temática. Finalmente se indagó en los estatutos de cada uno de los centros educativos citados anteriormente y se llevaron a cabo

entrevistas en la UNAL y en la UNAD para conocer la forma en que abordan los diferentes aspectos que comprenden el problema de investigación. Se hace claridad que en la Universidad de los Andes no se llevó a cabo entrevista debido a las constantes negativas de esta institución, por lo que se presentó un derecho de petición para obtener la información requerida.

1. EL DERECHO DE AUTOR - GENERALIDADES

1.1 ¿QUÉ ES EL DERECHO DE AUTOR?

Para definir lo que es el derecho de autor se hace necesario aclarar que este concepto está ubicado dentro de lo que comprende la propiedad intelectual. La propiedad intelectual²⁸ a su vez es el concepto genérico que hace referencia a las producciones del intelecto o esfuerzo creativo humano y que viene a enmarcar varios tipos de propiedad como lo son:

a) La propiedad industrial: es aquella conformada por marcas, servicios y patentes. Ésta última abarca las patentes de invención, patentes de modelo de utilidad, dibujos y modelos industriales.

b) El derecho de autor: protege esencialmente la forma de expresión. Comprende obras literarias, artísticas, científicas, académicas, musicales, programas de ordenador, soporte lógico o software.

c) Los derechos conexos: son aquellos que recaen sobre la interpretación o ejecución de obras artísticas, además de fonogramas y emisiones radiales.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-975 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil. Para la Corte Constitucional “*La propiedad intelectual comporta aquella disciplina normativa a través de la cual se busca proteger y asegurar las creaciones intelectuales surgidas del esfuerzo, el trabajo o la destreza del hombre, que en todos los casos son dignas de obtener el correspondiente reconocimiento y salvaguarda jurídica. El concepto de propiedad intelectual, abarca en un primer aspecto la propiedad industrial que se refiere esencialmente a la protección de las invenciones, las marcas comerciales y de fábrica, los diseños industriales, el nombre comercial, los modelos de utilidad, la enseña y el control y represión de la competencia desleal; y en un segundo aspecto, el derecho de autor, que comprende las obras literarias, científicas y artísticas, otorgando también la debida protección a los artistas, intérpretes y ejecutantes, a quienes son productores de fonogramas y a los propios organismos de radiodifusión respecto de su emisión.*”

Parte de lo que es el derecho de autor lo vemos plasmado en el artículo 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuando encontramos el derecho que tienen todos los seres humanos a participar y disfrutar de la cultura, las artes y los avances científicos. Al mismo tiempo se busca la guarda del derecho que tienen todas las personas a que se le protejan sus intereses sobre las diferentes obras producto de su intelecto, por lo cual cada uno de los Estados Parte debe adoptar los mecanismos que se encaminen a ello. Como podemos ver, este instrumento internacional hace una clara mención en este sentido:

“1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.

2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”

Como podemos ver, el párrafo 2 del presente artículo consagra una protección a nivel de derecho humano de las producciones intelectuales y de los correspondientes beneficios que de ello puede resultar tanto a nivel moral como patrimonial para las personas. Es de resaltar que a pesar del estatus y protección que se le otorga a este derecho, tal y como lo decía Hernán Correa Cardozo respecto de las dimensiones que tienen las obras, en el párrafo 1 se impone una responsabilidad que recae en el Estado para definir unas políticas que permitan una correcta difusión, es decir, respecto al derecho que tienen todas las personas de gozar de este tipo de producciones, dejando en claro que los derechos que tienen los autores sobre sus obras o producciones intelectuales no son absolutos. A pesar de ello, al ser un derecho inherente al ser humano, también es obligación de los Estados Parte el promoverlo, desarrollarlo y protegerlo, tratando de mantener un acceso de las personas a los bienes culturales.

El Protocolo de San Salvador o Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 14 que trata el “Derecho a los Beneficios de la Cultura”,

se establece la obligación de los Estados Parte de reconocer el derecho que tienen todas las personas a “participar en la vida cultural y artística de la comunidad, a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”²⁹ El mismo instrumento, obliga a que los Estados adopten medidas que aseguren las condiciones necesarias que promuevan la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia la cultura y el arte. Posteriormente, establece el compromiso de los Estados para respetar esta libertad que resulta “indispensable” tanto para la actividad creadora como para el avance científico. Quiero llamar la atención en que hasta ahora se tiene como destinatario de estos derechos a la persona humana, el cual es sólo uno de los factores de el presente trabajo.

En la presente tesis se tendrá en cuenta el derecho de autor dado que es el que enmarca las obras literarias, las cuales son las usadas como herramienta durante el proceso educacional en la modalidad de educación virtual. Hecha la anterior aclaración, se puede definir derecho de autor, como la disciplina del derecho que se encarga de proteger los derechos de una forma especial de propiedad como lo es la propiedad inmaterial, la cual se puede ver materializada en diferentes tipos de producciones tales como obras literarias, artísticas y científicas. Este tipo de propiedad comprende unas características particulares como lo son el de unos derechos patrimoniales y morales, los cuales serán ampliados posteriormente,

1.2 OBJETO DE PROTECCIÓN

El derecho de autor protege únicamente la forma en que el autor expresa, explica o describe la idea que plasma en una obra. Por esto, se puede afirmar que las ideas no son protegidas por este derecho ni son susceptibles de protección³⁰. Así

²⁹ PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES - PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. 1988. artículo 14. Derecho a los Beneficios de la Cultura.

³⁰ DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993. artículo 7: “*Queda protegida exclusivamente la forma mediante la cual las ideas del autor son descritas, explicadas, ilustradas o incorporadas a las obras.*”

mismo, es independiente la expresión protegida al soporte material que la contiene³¹, por ejemplo, el objeto de protección del derecho de autor es proteger la obra escrita por J.R. Tolkien “El Señor de los Anillos” mas no el papel o cd-rom que la contiene.

Doctrinalmente se hace mención a que la protección de una obra por el derecho requiere también originalidad, haciendo claridad a que este concepto no hace referencia a la novedad, sino que provenga del esfuerzo intelectual de su autor. Tampoco se tiene en cuenta el mérito ni el destino, haciendo referencia el primero a la belleza o estética de la obra, mientras el segundo se refiere a la utilidad o función que puede llegar a tener. Finalmente, esta protección es concedida con el solo acto de la creación, siendo el acto de registro meramente declarativo y no constitutivo de derechos, aunque el registro es el elemento probatorio por excelencia para demostrar la calidad de autor, siendo el primero en registrar el primero en el derecho³².

Respecto al objeto de protección, la Corte Constitucional de Colombia en sentencia C-276 de 1996. M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez, ha señalado:

“El objeto que se protege a través del derecho de autor es la obra, esto es “...la expresión personal de la inteligencia que desarrolla un pensamiento que se manifiesta bajo una forma perceptible, tiene originalidad o individualidad suficiente, y es apta para ser difundida y reproducida.” Dicha protección está condicionada al cumplimiento de los siguientes presupuestos: el derecho de autor protege las creaciones formales no las ideas; la originalidad es condición necesaria para la protección; ella, además, no depende del valor o mérito de la obra, ni de su destino o forma de expresión y, en la mayoría de legislaciones, no está sujeta al cumplimiento de formalidades.”

No son objeto de protección las ideas contenidas en las obras literarias y artísticas, o el contenido ideológico o técnico de las obras científicas, ni su aprovechamiento industrial o comercial.”

³¹ Ibid., artículo 6.

³² Ibid. artículos 52 y 53.

1.2.1 Obras. Para continuar, es pertinente aclarar el concepto de obra. Dado que el Convenio de Berna no lo define, y en aras de tener una claridad de lo que se está tratando en el presente trabajo, se acude a la normatividad vigente en Colombia. Según la Decisión Andina 351 de 1993, artículo 3 es *“toda creación intelectual original de naturaleza artística, científica o literaria, susceptible de ser divulgada o reproducida en cualquier forma.”*

El Convenio de Berna consagra en su segundo artículo un listado de las obras que entran bajo su protección, en el cual aclara que los términos “obras literarias y artísticas” abarcan todas las producciones del campo literario, científico y artístico, ya sean folletos, libros, conferencias, alocuciones, sermones y otras obras de la misma naturaleza; las obras dramáticas o dramático musicales, las obras coreográficas y las pantomimas, las composiciones musicales con o sin letras, las obras cinematográficas, las obras de dibujo, pintura, arquitectura, escultura, grabado, litografía, fotografías, obras de arte aplicadas, las ilustraciones, mapas, planos, croquis, y obras plásticas relativas a la geografía, topografía a la arquitectura o a las ciencias. Las colecciones de obras literarias o artísticas como antologías o enciclopedias, se protegen en cuanto a la disposición y/o selección de las materias. De la misma manera se encuentran protegidas las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y todas las posibles transformaciones que pueda llegar a tener una obra literaria o artística, sin el menoscabo de quien detente los derechos de la obra original.

El concepto que nos brinda la Decisión Andina 351 de 1993 es bastante amplio en el sentido que se remite a todo tipo de creación producto del intelecto humano que sea susceptible de divulgarse o reproducirse en cualquier forma, incluyendo las producciones industriales, siendo éstas dos últimas características las que han implicado un replanteamiento conceptual con las nuevas tecnologías de la información y la comunicación.

A pesar de la enunciación de obras que hace el Convenio de Berna, la Decisión Andina 351 en su artículo 4 contempla adicionalmente como objeto de protección las conferencias, alocuciones, sermones y obras de la misma naturaleza y los programas de ordenador o software.

1.3 SUJETO DE PROTECCIÓN

El Convenio de Berna establece como sujetos de la protección a los autores, es decir, a la persona física³³ que posee la capacidad de crear, dado que es quien puede sentir y experimentar vivencias o sentimientos que plasmará en una obra literaria o artística. Con el acto de la creación, el autor tiene unos derechos sobre su obra, estos derechos son de carácter patrimonial y moral, los cuales se explicarán en detalle más adelante.

No siempre permanecen en cabeza del autor los derechos patrimoniales, por esto, el artículo 9 de la Decisión Andina 351 establece que *“una persona natural o jurídica, distinta del autor, podrá ostentar la titularidad de los derechos patrimoniales sobre la obra de conformidad con lo dispuesto por las legislaciones internas de los Países Miembros”*. De la misma manera, para ser titular de los derechos patrimoniales, el Título IX de la misma normatividad contempla diferentes formas de transmitir estos derechos como lo es a través de sucesión (mortis causa), la cesión y concesión de derechos de acuerdo a lo estipulado en cada país.

Cabe resaltar que tanto la Decisión Andina³⁴ como la Ley 23 de 1982 que es la Ley de derechos de autor de Colombia, en lo concerniente a las licencias de uso o autorizaciones que conceda el autor para la explotación o uso de su obra, manteniéndose en este caso la titularidad de los derechos patrimoniales en

³³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-276 de 1996. M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez. Para la Corte Constitucional *“El principio general reconoce como autor a la persona natural que crea la obra, a la cual se le atribuye la titularidad originaria de la misma; partiendo de este presupuesto las personas jurídicas, en cuanto carecen de capacidad creadora, no pueden ser titulares originarias de los derechos de autor que de ellas se derivan, cosa distinta es que lo sean las personas naturales que las constituyen. No obstante, las personas jurídicas y algunas personas naturales que no participan en el acto creador, pueden, ser reconocidas como titulares derivados de los derechos de autor de una obra.”*

³⁴ *Ibíd.*, artículo 31: *“Toda transferencia de los derechos patrimoniales, así como las autorizaciones o licencias de uso, se entenderán limitadas a las formas de explotación y demás modalidades pactadas expresamente en el contrato respectivo.”*

cabeza del autor, no excederá lo expresamente pactado o convenido por las partes en el contrato, lo cual implica que no se puede hacer extensiva a otras formas de uso o explotación.

Es por lo anteriormente expuesto que se puede afirmar que el sujeto de protección de lo comprendido por el derecho de autor es relativo, dado que los derechos patrimoniales pueden ser detentados por el autor, por una persona física diferente al autor o por una persona jurídica, entendiéndose estos últimos como derechohabientes³⁵ o titulares derechos.

1.3.1 Derechos Morales. El Convenio de Berna no establece una definición clara de este tipo de derecho, pero podemos decir que es el conjunto de prerrogativas que se encargan de la protección de la personalidad, el honor y la reputación del autor, teniendo en cuenta que las obras son una extensión de la persona humana. Este tipo de derechos se caracterizan por ser irrenunciables, inembargables, inalienables e imprescriptibles, es decir, no se extinguen por el hecho de la muerte de su autor. Dentro de este tipo de derechos encontramos³⁶:

³⁵ Ibíd., artículo 3. Derechohabiente: *“Persona natural o jurídica a quien por cualquier título se transmiten derechos reconocidos en la presente Decisión.”*

³⁶ CONVENIO DE BERN. artículo 6 Bis: 1) Independientemente de los derechos patrimoniales del autor, e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.

2) Los derechos reconocidos al autor en virtud del párrafo 1) serán mantenidos después de su muerte, por lo menos hasta la extinción de sus derechos patrimoniales, y ejercidos por las personas o instituciones a las que la legislación nacional del país en que se reclame la protección reconozca derechos. Sin embargo, los países cuya legislación en vigor en el momento de la ratificación de la presente Acta o de la adhesión a la misma, no contenga disposiciones relativas a la protección después de la muerte del autor de todos los derechos reconocidos en virtud del párrafo 1) anterior, tienen la facultad de establecer que alguno o algunos de esos derechos no serán mantenidos después de la muerte del autor.

3) Los medios procesales para la defensa de los derechos reconocidos en este artículo estarán regidos por la legislación del país en el que se reclame la protección.

- **Paternidad:** el cual implica que el autor tiene derecho a que le sea reconocida la autoría de su obra;

- **Integridad:** hace referencia a la facultad que tiene el autor de oponerse a modificaciones, alteraciones, o mutilaciones que se le puedan llegar a hacer a su obra.

Adicionalmente, en la legislación vigente en Colombia se encuentra también el derecho de:

- **Ineditud:** que se ve reflejado en el derecho que tiene el autor de oponerse a que sea publicada su obra³⁷.

- **Modificación:** el autor puede modificar o alterar su obra después de haber sido publicada, indemnizando los perjuicios que llegare ocasionar con ello³⁸.

- **Derecho de retracto:** le otorga la facultad al autor de retirar su obra de circulación sin importar la existencia de una autorización previa³⁹.

Es necesario aclarar que se muestran los diferentes derechos morales consagrados tanto en las normativas a las que se encuentra adscrita Colombia, Convenio de Berna y Decisión Andina 351, como la nacional para mostrar los diferentes elementos que componen este derecho en nuestro país. Tanto el Convenio de Berna como la Decisión Andina, permiten a los países miembros el reconocimiento de otros derechos morales en sus legislaciones internas, por esto la Ley colombiana consagra otras adicionales además de las establecidas en Berna.

³⁷ Op. Cit., artículo 11.

³⁸ Ley 23 de 1982. Colombia. artículo 30, literal d).

³⁹ Ibíd. literal e).

En cuanto a la protección de estos derechos, tanto el Convenio de Berna como la Decisión 351 de 1993 estipulan que después de la muerte del autor, estos derechos pueden ser ejercidos por sus herederos legítimos por término no menor a cincuenta años. A pesar de encontrarse estipulado este término en las citadas normas, en Colombia se tiene como término de protección el de ochenta años, aplicándose éste último dado que es de mayor beneficio para los intereses de los titulares de derechos⁴⁰.

1.3.2 Derechos Patrimoniales. El Convenio de Berna no establece de manera clara lo que son los derechos patrimoniales, pero se pueden considerar como la facultad que tienen los autores o sus derechohabientes de realizar, autorizar, o prohibir los siguientes actos:

- **Reproducción:** El Convenio establece como beneficiarios de la norma a los autores sin definir esta actividad de manera concreta, pero se puede entender como el acto de reproducir o multiplicar. Para el Convenio de Berna este acto puede ser llevado a cabo *“mediante cualquier procedimiento o bajo cualquier forma”*⁴¹. Al utilizar esta última expresión, crea un espacio bastante amplio y flexible para enmarcar todos los medios y/o procedimientos de reproducción conocidos, tales como la impresión, la litografía, la fotocopia, las grabaciones mecánicas o magnéticas tales como películas, casetes, discos compactos, etc. Este punto es crucial y definitivo, pues al no especificar los procedimientos de reproducción, caben aquí las nuevas formas que se dan en internet y todo el entorno digital.

⁴⁰ Decisión Andina 351 de 1993; artículo 59: *“(…) No obstante, se aplicarán los plazos de protección contemplados en las legislaciones internas de los Países Miembros, si éstos fueran mayores que los previstos en la presente Decisión.”*

⁴¹ *Ibíd.*, artículo 9: 1) Los autores de obras literarias y artísticas protegidas por el presente Convenio gozarán del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier procedimiento y bajo cualquier forma.

- **Comunicación Pública:** Nos remite a la difusión de las obras que los autores han dado vida. Esta comunicación la establece en términos de *“todo medio que sirva para darlas a conocer sea con hilo o sin hilo”*⁴².

- **Distribución Pública:** Éste derecho, en términos del presente Convenio, es propio de las obras cinematográficas y derechos conexos. Se hace manifiesto fácticamente en el alquiler, préstamo público e importación de obras⁴³.

- **Traducción, adaptación, arreglo u otra transformación de la obra:** Estas actividades están relacionadas con el derecho moral de integridad, pues como podemos deducir, se lleva a cabo una alteración de la obra original y para esto se requiere autorización expresa del autor⁴⁴

Expuesto lo que comprenden los derechos patrimoniales, se puede afirmar que el nivel de protección que propone es alto y trata de cubrir la mayor parte de actividades posibles para las obras. Siendo conscientes quienes dieron vida al Convenio de Berna que las personas también tienen derecho de acceder a los materiales culturales, se establecieron una serie de limitaciones y excepciones a los derechos de los autores o derechohabientes. Para esto se les da la posibilidad a los Estados Parte de establecer en sus legislaciones, en lo que se refiere al derecho de reproducción que es quizá el derecho patrimonial más importante, los casos especiales en que se permita reproducir una obra sin permiso del autor,

⁴² Ibíd., artículo 11bis: 1) Los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar: 1º, la radiodifusión de sus obras o la comunicación pública de estas obras por cualquier medio que sirva para difundir sin hilo los signos, los sonidos o las imágenes; 2º, toda comunicación pública, por hilo o sin hilo, de la obra radiodifundida, cuando esta comunicación se haga por distinto organismo que el de origen; 3º, la comunicación pública mediante altavoz o mediante cualquier otro instrumento análogo transmisor de signos, de sonidos o de imágenes de la obra radiodifundida.

⁴³ Ibíd., artículo 14: 1) Los autores de obras literarias o artísticas tendrán el derecho exclusivo de autorizar: 1º, la adaptación y la reproducción cinematográficas de estas obras y la distribución de las obras así adaptadas o reproducidas; 2º, la representación, ejecución pública y la transmisión por hilo al público de las obras así adaptadas o reproducidas.

⁴⁴ Ibíd., artículo 12: Los autores de obras literarias o artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar las adaptaciones, arreglos y otras transformaciones de sus obras.

siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos, los cuales se conocen como “**la regla de los tres pasos**”⁴⁵.

PRIMERO: Que sea en casos especiales.

SEGUNDO: Que no atente contra la explotación normal de la obra.

TERCERO: Que no se cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor⁴⁶.

⁴⁵ Ibíd., artículo 9: 2) Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.

⁴⁶ Es así como lo expresa la norma, pero recordemos que no se limita al autor sino que se extiende a los derechohabientes o titulares de derechos diferentes al autor.

2. BREVE RECUENTO HISTÓRICO DE LOS TRATADOS Y CONVENIO INTERNACIONALES DE DERECHOS DE AUTOR

2.1 EL CONVENIO DE BERNA

En esta parte se hará una exposición del contenido más relevante para el desarrollo del presente trabajo de tesis. Como se ha dicho anteriormente, éste es el instrumento internacional más antiguo en lo concerniente a derechos de autor ya que data del 9 de septiembre de 1886.

El marco en el que se crea este Convenio, viene a plasmar el deseo que tienen los Estados Parte de proteger eficazmente los derechos de los autores sobre sus obras literarias y artísticas. En su primera parte establece el tipo de obras que son protegidas como lo son las literarias y artísticas, las obras derivadas⁴⁷, textos oficiales, colecciones⁴⁸, obras de artes aplicadas, dibujos, modelos industriales⁴⁹ y las noticias o informes de prensa. Asimismo establece el Convenio como beneficiarios de dicha protección o sujetos de derechos a los autores y/o a los derechohabientes.

Posteriormente encontramos que establece unos criterios mínimos que deben respetar los Estados parte para la protección de dichas obras, así como de las cinematográficas, arquitectónicas y algunas de artes gráficas y plásticas. Estos criterios son los de nacionalidad del autor, lugar de publicación de la obra, la residencia del autor, además de definir lo que se debe entender por obra publicada y obra publicada simultáneamente⁵⁰.

⁴⁷ CONVENIO DE BERNA. artículo 2. Entiéndase por obras derivadas las que derivan, provienen o se basan en una obra original. Encontramos aquí las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y todas las posibles transformaciones a las que se pueda someter una obra literaria o artística.

⁴⁸ *Ibíd.* Tales como enciclopedias y antologías.

⁴⁹ *Ibíd.* Protegidos estos sólo como dibujos y modelos.

⁵⁰ *Ibíd.*, artículo 3: Se entiende por "obras publicadas", las que han sido editadas con el consentimiento de sus autores, cualquiera sea el modo de fabricación de los ejemplares, siempre

En cuanto a los derechos garantizados, el Convenio establece de forma explícita que el goce de estos no está supeditado a ninguna formalidad para su defensa, es decir, basta con el solo hecho de la creación para gozar de esta protección. Frente a los derechos garantizados realiza una diferenciación en los niveles de protección según el país de origen, teniéndose para éste el nivel determinado por la legislación nacional. Dentro de los tipos de derechos que establece el derecho de autor para sus beneficiarios, el Convenio de Berna da vida a dos de los más importantes y que han permanecido hasta el día de hoy como lo son: los derechos morales y los patrimoniales, los cuales fueron abordados previamente. Cabe nombrar el hecho que el Convenio de Berna fue aprobado en Colombia por el Congreso el 26 de octubre de 1987, mediante la Ley 33 de 1987.

Este convenio ha sido sujeto a varias revisiones, las cuales han respondido a la necesidad de actualizar y adecuar sus contenidos ante los diferentes avances tecnológicos y las nuevas situaciones que se han suscitado por ello. Entre dichas revisiones encontramos las siguientes:

- a) 4 de mayo de 1896: Acta adicional de París, en vigor desde el 9 de diciembre de 1897.
- b) 13 de noviembre de 1908: Revisión de Berlín, en vigor desde el 9 de septiembre de 1910.
- c) 20 de marzo de 1914: Protocolo adicional de Berna, en vigor desde el 20 de abril de 1915.

que la cantidad de éstos puesta a disposición del público satisfaga razonablemente sus necesidades, estimadas de acuerdo con la índole de la obra. No constituyen publicación la representación de una obra dramática, dramático-musical o cinematográfica, la ejecución de una obra musical, la recitación pública de una obra literaria, la transmisión o radiodifusión de las obras literarias o artísticas, la exposición de una obra de arte ni la construcción de una obra arquitectónica. // Será considerada como publicada simultáneamente en varios países toda obra aparecida en dos o más de ellos dentro de los treinta días siguientes a su primera publicación.

d) 2 de junio de 1928: Revisión de Roma, en vigor desde el 1 de agosto de 1931.
e) 26 de junio de 1948: Revisión de Bruselas, en vigor desde el 1 de agosto de 1951.

f) 14 de julio de 1967: Revisión de Estocolmo, sólo entraron en vigor sus disposiciones administrativas a principios de 1970.

g) 24 de julio de 1971: Acta de París, en vigor el 10 de octubre de 1974 y enmendado el 28 de septiembre de 1979.

El período comprendido entre 1971 y comienzos de los años 90 se conoce como “Desarrollo Guiado”, dado que no hubo intentos para desarrollar e implementar normas internacionales. A pesar de esto, en reuniones realizadas por la OMPI y en ocasiones en colaboración con la UNESCO se elaboraron documentos en los que se hicieron recomendaciones, principios guías y modelos como una forma de brindar orientación a los Estados Parte ante los desarrollos tecnológicos⁵¹.

Es precisamente dentro de este período del “Desarrollo Guiado”, más exactamente en 1975, que se plantean debates en torno al impacto de la fotocopia, reproducción reprográfica, en los subcomités conformados por el Comité Ejecutivo del Convenio de Berna y por el Comité Intergubernamental de la Convención Universal sobre Derecho de Autor de la UNESCO. Básicamente el punto de debate era similar al que se vive actualmente con el entorno digital, ya que con el auge de las máquinas de reproducción reprográfica se percibía este desarrollo tecnológico como una amenaza a los derechos de los titulares, planteándose así el problema de en cuáles casos y en qué condiciones se permitiría una reproducción libre de las obras protegidas. Como resultado de las deliberaciones hechas por estos comités de expertos se plantearon unos

⁵¹ FICSOR, Mihály. Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor en el Ámbito Digital. Traducción: Rodríguez Moreno, Sofía. Publicado por UNESCO y Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia, 2008. 48 p.

principios a tener en cuenta al crear limitaciones y excepciones al derecho de reproducción⁵²:

- Debe restringirse a casos especiales definidos de manera precisa con el fin de evitar que en su efecto acumulativo estas limitaciones no caigan en un ámbito generalizado, sin llegar a poner en peligro, en un grado razonable, el derecho de reproducción.

- Que las limitaciones y excepciones que se lleguen a establecer no afecten la normal explotación de la obra.

- En caso de existir un perjuicio injustificado a los intereses de los autores y de los editores sin que medie forma de evitarlo, se debe reducir este perjuicio a un grado mínimo estableciendo un derecho de remuneración.

Así mismo determinaron los casos específicos en los que la reproducción reprográfica o fotocopia entra en conflicto con la normal explotación de la obra⁵³:

- Que se realice persiguiendo un fin comercial.

- Que se realicen copias de manera sistemática.

- Que se lleven a cabo copias de obras enteras.

- Cuando se trate de obras cuya característica particular las haga vulnerables dicho acto de reproducción. Se hace referencia aquí a obras tales como: partituras, obras artísticas de edición restringida, mapas, libros de ejercicios y otros tipos de publicaciones hechas para ser usadas una sola vez.

⁵² Ibíd. 49 p.

⁵³ Ibíd.

Estos “principios” o parámetros desarrollados ante los avances tecnológicos por expertos en la temática autoral, se pueden considerar una respuesta y una guía a seguir ante los desafíos que plantea el entorno digital, dado que atiende a conceptos que tratan de manera genérica el tema de las reproducciones de obras protegidas por el derecho de autor.

Actualmente forman parte del Convenio de Berna 162 países: Albania, Alemania, Andorra, Antigua y Barbuda, Arabia Saudita, Argelia, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Barbados, Belarús, Bélgica, Belice, Benin, Bhután, Bolivia, Bosnia y Herzegovina, Botswana, Brasil, Brunei Darussalam, Bulgaria, Burkina Faso, Cabo Verde, Camerún, Canadá, Chad, Chile, China, Chipre, Colombia, Comoras, Congo, Costa Rica, Côte d'Ivoire, Croacia, Cuba, Dinamarca, Djibouti, Dominica, Ecuador, Egipto, El Salvador, Emiratos Arabes Unidos, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Federación de Rusia, Fiji, Filipinas, Finlandia, Francia, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Granada, Grecia, Guatemala, Guinea, Guinea Ecuatorial, Guinea-Bissau, Guyana, Haití, Honduras, Hungría, India, Indonesia, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Jamahiriya Arabe Libia, Jamaica, Japón, Jordania, Kazajstán, Kenya, Kirguistán, la ex República Yugoslava de Macedonia, Lesotho, Letonia, Líbano, Liberia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Madagascar, Malasia, Malawi, Malí, Malta, Marruecos, Mauricio, Mauritania, México, Micronesia (Estados Federados), Mónaco, Mongolia, Namibia, Nepal, Nicaragua, Níger, Nigeria, Noruega, Nueva Zelandia, Omán, Países Bajos, Pakistán, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Portugal, Qatar, Reino Unido, República Arabe Siria, República Centroafricana, República Checa, República de Corea, República de Moldova, República Democrática del Congo, República Dominicana, República Popular Democrática de Corea, República Unida de Tanzania, Rumania, Rwanda, Saint Kitts y Nevis, Samoa, San Vicente y las Granadinas, Santa Lucía, Santa Sede, Senegal, Serbia y Montenegro, Singapur, Sri Lanka, Sudáfrica, Sudán, Suecia, Suiza, Suriname, Swazilandia, Tailandia, Tayikistán, Togo, Tonga, Trinidad y Tobago, Túnez, Turquía, Ucrania, Uruguay, Uzbekistán, Venezuela, Viet Nam, Zambia, Zimbawe⁵⁴.

⁵⁴ WORLD INTELLECTUAL PROPERTY ORGANIZATION. [en línea]. [consultado el 2 de febrero de 2009]. Disponible en www.wipo.int/export/portal/index.html.es

2.1.1 Libre Utilización de las Obras en el Convenio de Berna. Numa Droz, presidente de la Conferencia de Berna en 1884, consciente de la necesidad de un balance entre los intereses públicos expresó lo siguiente:

*“[...] debe tenerse en cuenta el hecho de que las limitaciones a la protección absoluta son impuestas [...] por el interés público. La necesidad siempre creciente de una educación masiva no podría satisfacerse si no hubieren limitaciones y excepciones al derecho de reproducción, lo cual al mismo tiempo no puede conducir a abusos. Estos son los diversos puntos de vista y de interés que hemos buscado conciliar en el borrador del Convenio.”*⁵⁵

Es por esto que en el artículo 10 se consagran los casos en los que se permite una libre utilización de las obras objeto de protección, dentro de los que encontramos el derecho de cita y la ilustración con fines de enseñanza. Ante el primero establece como requisito para la licitud de este derecho el que provenga de una obra lícitamente accesible al público. Asimismo, el derecho de cita está ligado al derecho moral de paternidad, el cual se concreta mencionando la fuente y el nombre del autor. En lo que respecta a la ilustración con fines de enseñanza se establece lo siguiente:

“Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión y de los Arreglos particulares existentes o que se establezcan entre ellos lo que concierne a la facultad de utilizar lícitamente, en la medida justificada por el fin perseguido, las obras literarias o artísticas a título de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales, con tal de que esa utilización sea conforme a los usos honrados.”

Es preciso resaltar que condiciona esta “libre utilización” a que sea un uso lícito, que sea usado en la medida justificada por el fin perseguido, y que dicha utilización esté conforme a los usos honrados. En lo que se refiere a “usos

⁵⁵ CONFERENCIA DE BERNA. Acta de la Conferencia Internacional para la Protección de Obras Literarias y Artísticas reunida en Berna del 8 al 19 de Septiembre de 1884. Oficina Internacional, Berna 1884. p. 68. En: FICSOR, Mihály. Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor en el Ámbito Digital. Traducción: RODRÍGUEZ MORENO, Sofía. Publicado por UNESCO y Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia, 2008. 23 p.

honrados” obedece más a una construcción de derecho anglosajón, el cual en diferentes legislaciones ha sido objeto de especial mención. Este elemento lo abordaremos posteriormente con la directiva de la Comunidad Europea y la DMCA de Estados Unidos.

Teniendo ya los elementos que comprende el derecho de autor en su origen normativo, como marco que permite la regulación de dicha propiedad a los Países miembro, así como del objeto y sujeto de protección, se proseguirá a dar un acercamiento de la importancia económica que tiene, la cual se ve reflejada con el ADPIC.

2.2 ACUERDO SOBRE ASPECTOS DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL RELACIONADOS CON EL COMERCIO – ADPIC

Para abordar el Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, mejor conocidos por su abreviatura como ADPIC⁵⁶, es necesario mirar sus antecedentes.

En la década de los años cuarenta, dados los adelantos tecnológicos y el fenómeno de la globalización⁵⁷, en donde encontramos la expansión de mercados, los nuevos tratados multilaterales y comercialización de nuevos productos y de servicios, se da vida al GATT (General Agreement on Trade and Tariffs), en español se conoce como el Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles, el cual fue firmado en 1947 y entró en vigor en 1948. Este acuerdo fue concebido para ofrecer mutuos beneficios tales como la reducción sustancial de aranceles y demás barreras comerciales, así como el cese de prácticas discriminatorias

⁵⁶ LIPSZYC, Delia. Nuevos temas de derechos de autor y derechos conexos: El acuerdo sobre los ADPIC de la OMC. Buenos Aires, Argentina. UNESCO, 2004. P. 17 – 64.

⁵⁷ MICROSOFT CORPORATION. [Enciclopedia Encarta], 2009. Este concepto se le atribuye a Marshall McLuhan 1911-1980), quien vaticinó las consecuencias derivadas de las nuevas tecnologías. El término esgrimido por dicho autor hace referencia a la “descripción de la realidad inmediata como sociedad planetaria, más allá de fronteras, barreras arancelarias, diferencias étnicas, credos religiosos, ideologías políticas y condiciones socio-económicas o culturales. Surge como consecuencia de la internacionalización cada vez más acentuada de los procesos económicos, los conflictos sociales y los fenómenos político-culturales.”

relacionadas con el comercio internacional, brindando así un entorno estable y seguro en el que se diera un proceso continuo de liberación de mercados. El GATT actuaba de tres maneras:

- Como un conjunto de normas convenidas multilateralmente que determinaban las conductas comerciales internacionales. En otras palabras, establecía las normas de tráfico de comercio.
- Como foro de negociaciones comerciales.

- Como foro de discusión y de resolución de diferencias que se llegaran a suscitar entre los países miembros.

El GATT llevó a cabo ocho rondas de negociaciones multilaterales:

- 1) Ginebra en 1947
- 2) Anecy en 1949
- 3) Torquay en 1950
- 4) Ginebra en 1955–1956
- 5) Ronda Dillon, llevada a cabo en Ginebra, 1961-1962
- 6) Ronda Kennedy llevada a cabo en Ginebra 1963-1967
- 7) Ronda Tokio en 1973-1979
- 8) Ronda Uruguay 1986-1993

La Ronda Uruguay fue la que se ocupó de lo que denominaron “los nuevos temas”, entre ellos los derechos de propiedad intelectual. Dentro de sus negociaciones se tuvo en cuenta lo relacionado con el comercio de bienes y servicios. Entre sus objetivos se encontraban el tener un mayor acceso a mercados mediante la reducción de los aranceles, la eliminación de las restricciones cuantitativas bilaterales y la reducción de obstáculos que impedían el comercio de servicios. Una vez dadas estas facilidades, se promovía el incremento de la seguridad jurídica, lo que se traducía en una nueva normatividad, procedimientos, fortalecimiento de las instituciones existentes así como incrementar su alcance. Vale la pena aclarar que estos acuerdos sólo se podían aceptar como un todo.

Al final de esta última ronda se dió vida en 1994 a la Organización Mundial del Comercio (OMC), la cual se estableció como un marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales, administrando los diferentes acuerdos comerciales. La estructura de la OMC es la siguiente:

- 1) Comercio de mercancías (GATT).
- 2) Comercio de servicios (GATS).
- 3) Aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio (ADPIC).

Dentro de la disposición de la OMC, los ADPIC se encuentran en el Anexo 1C, el cual tiene el siguiente orden:

PRIMERA PARTE: encontramos las disposiciones generales y principios, dejando claro que lo que se busca es el fortalecimiento de los Convenios de derechos de autor como lo es el Convenio de Berna, sin ir en ningún momento en detrimento del mismo.

SEGUNDA PARTE: se sientan las normas relativas a la existencia, alcance y ejercicio de los derechos de propiedad intelectual, siendo los derechos patrimoniales los protegidos y no los derechos morales, aclarándose que la expresión “propiedad intelectual” abarca: a) el derecho de autor y derechos conexos, b) marcas de fábrica o de comercio, c) indicaciones geográficas, d) dibujos y modelos industriales, e) patentes, f) esquemas de trazados (topografías) de los circuitos integrados y g) protección de la información no divulgada.

TERCERA PARTE: aborda la observancia de estos derechos imponiendo a los Estados Parte la obligación de adoptar medidas encaminadas a su protección.

CUARTA PARTE: se trata el tema de la adquisición y mantenimiento de los derechos de propiedad intelectual, así como los procedimientos contradictorios relacionados.

QUINTA, SEXTA Y SÉPTIMA PARTE: se establecen los mecanismos de prevención y solución de diferencias, las disposiciones transitorias, las disposiciones institucionales y las finales⁵⁸.

Es interesante observar que el ADPIC, en lo que se refiere a los derechos de autor, y siguiendo la línea del Convenio de Berna, establece la obligación a los Estados parte de mantener la observancia de los artículos 1 a 21 de este Convenio, exceptuando el artículo 6 bis, el cual se refiere a los derechos morales de autor⁵⁹. De la misma manera hace mención explícita a las limitaciones y excepciones en el artículo 13, remitiéndose a lo contemplado en Berna⁶⁰.

Se puede afirmar entonces, que la producción intelectual se convirtió en una actividad importante para el comercio existente entre países. Por ejemplo, según datos suministrados por la consultora de la OMPI, Francesca Toso, el sector de las industrias culturales es uno de los que tiene mayor expansión a nivel global en materia económica, siendo más exacto, afirma que representa el 7% del PIB global⁶¹. Es claro que la propiedad intelectual pasa de ser sólo un área de protección de los países a ser un componente de la economía global, ocupando un lugar central en el desarrollo de este sector productivo correspondiente a cada nación.

⁵⁸ ADPIC. Anexo 1 C.

⁵⁹ ADPIC. artículo 9: *Relación con el Convenio de Berna* 1. Los Miembros observarán los artículos 1 a 21 del Convenio de Berna 1971) y el Apéndice del mismo. No obstante, en virtud del presente Acuerdo ningún Miembro tendrá derechos ni obligaciones respecto de los derechos conferidos por el artículo 6bis de dicho Convenio ni respecto de los derechos que se derivan del mismo. 2. La protección del derecho de autor abarcará las expresiones pero no las ideas, procedimientos, métodos de operación o conceptos matemáticos en sí.

⁶⁰ Ibid., artículo 13: *Limitaciones y excepciones*: Los Miembros circunscribirán las limitaciones o excepciones impuestas a los derechos exclusivos a determinados casos especiales que no atenten contra la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular de los derechos.

⁶¹ TOSO, Francesca. Industrias Culturales y el Derecho de Autor: Los retos y oportunidades en la era de la globalización. Simposio Internacional de Derechos de Autor. El papel del derecho de autor en el estímulo a la cultura de los libros y la lectura en el ámbito digital, Bogotá. 2008.

2.3 DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993

El antecedente de esta normatividad lo encontramos en la Comunidad Andina de Naciones (CAN). Se da vida a esta Comunidad en 1969 mediante el Acuerdo de Cartagena. El principal propósito de esta integración era el de tener una cooperación económica y social que permitiera un desarrollo más rápido en estas áreas. Los países que lo conformaron para ese entonces fueron Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador y Perú. En la década de los setenta Venezuela⁶² se adhiere y Chile se retira de este Acuerdo.

Manteniendo la coherencia con la época y el contexto en el que se desarrolló la ronda Uruguay en la que finalmente dio vida a la OMC, esta comunidad de países llevó a cabo una reunión en Ecuador en el año de 1989, en la cual se estableció un marco normativo que adoptó el paso a un modelo económico en el cual se da prioridad al comercio, el mercado y los servicios, creando así una zona de libre comercio en 1993.

Posteriormente en 1997 se decide reformar y actualizar los contenidos del Acuerdo a través del Protocolo de Trujillo. Dentro de los cambios que son notorios se destacan la creación de la Comunidad Andina y se deja atrás el conocido Pacto Andino, además de permitir que los procesos fueran dirigidos o llevados a cabo por los presidentes de cada país miembro. Actualmente las políticas de la Comunidad Andina van enfocadas al desarrollo social dados los problemas de pobreza y desigualdad social latentes en la región. Entre los temas sociales se encuentran el empleo, salud y educación⁶³.

⁶² COMUNIDAD ANDINA. Reseña. [en línea]. [consultado el 19 de septiembre de 2011]. Disponible en <http://www.comunidadandina.org/quienes/resena.htm>. En el 2006 Venezuela decidió retirarse de la Comunidad Andina de Naciones.

⁶³ COMUNIDAD ANDINA. Reseña. [en línea]. [consultado el 23 de marzo de 2009]. Disponible en <http://www.comunidadandina.org/quienes/resena.htm>

En materia cultural la Secretaría General de la Comunidad Andina ha planteado cubrir o desarrollar tres frentes⁶⁴:

1) Desarrollo de las industrias culturales: Aquí se articula el trabajo programado con el Convenio Andrés Bello⁶⁵ para realizar diagnósticos de los países de la región. El objetivo principal es el de promover y desarrollar el cine, la industria editorial y del espectáculo entre otras⁶⁶.

2) Preservación y protección del patrimonio cultural material e inmaterial: Establece en primera medida mecanismos para la protección y recuperación de los bienes patrimoniales y culturales de estos países. Por otro lado se pretende preservar los conocimientos tradicionales, la cultura popular y el folclore.

3) Fortalecimiento de la diversidad cultural: Busca la preservación de la identidad cultural, la cual se manifiesta en las diferentes expresiones artísticas y culturales⁶⁷.

Como parte de lo que implica el desarrollo del área cultural, se adopta la Decisión Andina 351 de 1993, el cual establece un régimen común sobre derechos de autor y derechos conexos. La razón de hacer una breve mención a esta normativa es

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ CONVENIO ANDRÉS BELLO. Información. [en línea]. [consultado el 23 de marzo de 2009]. Disponible en: <http://www.convenioandresbello.info/?idcategoria=1128>. El Convenio Andrés Bello es una organización internacional e intergubernamental creada en 1970 cuya finalidad es la integración educativa, científica, tecnológica y cultural. Se encuentra conformado por: Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú, Venezuela, Panamá, España, Cuba, Paraguay, México, y República Dominicana. .

⁶⁶ Encontramos la Decisión 351, que es el régimen común sobre derecho de autor y derechos conexos.

⁶⁷ DECISIÓN ANDINA 351 de 1993. En los puntos 2) y 3) encontramos: la Decisión 594 que incorpora la temática de la integración de los programas y contenidos educativos escolares de los países miembros de la Comunidad Andina; Decisión 593 mediante el cual se crea el Consejo Andino de ministros de Educación y responsables de políticas culturales; y Decisión 588 que sustituye la Decisión 460 y establece los parámetros de protección y recuperación de bienes del patrimonio cultural de los países miembros de la Comunidad Andina.

sencilla, Colombia al hacer parte de esta Comunidad Andina y al haberse establecido una legislación regional que regula la temática autoral, se encuentra en la obligación de adoptar y dar cumplimiento a ella. Vale la pena aclarar que esta Decisión no deroga la ley autoral colombiana, Ley 23 de 1982, sino que la suspende en lo que sea de común regulación, viniendo a predominar la normativa nacional solo en los casos que no se encuentren regulados por aquella. En los casos que se regulen por ambas normativas un mismo tema, predominarán las de la Decisión Andina⁶⁸

La Decisión 351 inicia expresando su objeto, común con el de otras normas supranacionales, que es el de brindar una *“efectiva protección a los autores y demás titulares derechos, reconociendo aquí que no sólo los autores son quienes pueden ser detentadores de estos derechos, sobre las obras del ingenio, en el campo literario, artístico o científico, cualquiera que sea el género o forma de expresión y sin importar el mérito literario y artístico ni su destino.*^{69”}(paréntesis y subrayado fuera de texto original.)

Acto seguido en el artículo 3 se hace un glosario de términos como: autor, artista intérprete o ejecutante, autoridad nacional competente, copia o ejemplar, derechohabiente, distribución al público, divulgación, emisión, fijación, fonograma, grabación efímera, obra, obra audiovisual, obra de arte aplicado, obra plástica o bellas artes, oficina nacional competente, organismo de radiodifusión, productor, productor de fonogramas, programa de ordenador o software, publicación, retransmisión, titularidad, usos honrados y uso personal. Algunos de estos conceptos serán desarrollados más adelante por su relevancia o relación con la temática. En el contexto de la Comunidad se establece este artículo con el

⁶⁸ DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto. [En línea]. [Consultado el 8 de octubre de 2011]. Disponible en: http://www.derechodeautor.gov.co/htm/legal/servicios/conceptos/arch_conceptos/2-2008-13224.pdf
“Sin embargo, cuando las normas de la Ley 23 de 1982 regulen situaciones semejantes a las indicadas en las disposiciones de la Decisión Andina 351 de 1993, el intérprete se sujetará de manera preferente a estas últimas, en virtud del principio de aplicación preeminente que gobierna la interpretación de la normatividad comunitaria.”

⁶⁹ DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993. artículo 1. Subrayado fuera de texto.

propósito de tener unificada la base conceptual sobre la que se va a construir una regulación común para los países miembro.

Llama la atención la redacción que tiene esta normativa, dado que al establecer de manera concreta los tipos de obras que protege, es amplia al reconocer que ellas son susceptibles de ser reproducidas o divulgadas por medios conocidos e incluso por conocerse⁷⁰, dando espacio a los medios digitales y a los que sean descubiertos posteriormente sin necesidad de reformar o actualizar la normatividad.

Dentro de lo que comprenden los derechos patrimoniales, reafirma lo contenido en el Convenio de Berna al establecer en su artículo 13 que el autor o el derechohabiente tiene el derecho exclusivo de realizar, autorizar o prohibir la reproducción, comunicación pública y distribución pública mediante cualquier procedimiento, así como la importación, traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación de la obra. Pero es más preciso que Berna al ofrecer una definición de reproducción en su artículo 14 según el cual: *“Se entiende por reproducción, la fijación de la obra en un medio que permita su comunicación o la obtención de copias de toda o parte de ella, por cualquier medio o procedimiento.”*

La Decisión 351 establece en el Capítulo VII las limitaciones y excepciones. Inicia aclarando que los países Parte pueden crear limitaciones y excepciones, además de las que se encuentran consagradas en su cuerpo normativo, a los derechos exclusivos de autor siempre y cuando no atenten con la normal explotación de la obra o no causen perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular o titulares de los derechos. Esto último reafirma la regla de los 3 pasos que consagra el Convenio de Berna, al mismo tiempo que hace referencia a lo que se entiende para la Comunidad Andina por “usos honrados”: *“los que no interfieren con la explotación normal de la obra ni causan un perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor”* (artículo 3), reafirmando la regla establecida desde el

⁷⁰ Ibíd., artículo 4: *“La protección reconocida por la presente Decisión recae sobre todas las obras literarias, artísticas y científicas que puedan reproducirse o divulgarse por cualquier forma o medio conocido o por conocer, y que incluye, entre otras, las siguientes.”*

Convenio de Berna. Se hace énfasis en estos conceptos dado que son en los que se apoya la discusión en el entorno digital para determinar si una determinada actividad es congruente con el concepto de “usos honrados”.

Ahora, el artículo 22 **establece de manera taxativa**⁷¹, haciendo este término referencia a que no admite interpretación, por lo tanto no se puede hacer extensivo, la licitud de realizar 11 actos sin tener la autorización expresa del autor y sin el pago de alguna remuneración, entre ellos encontramos el literal b) que consagra lo siguiente:

*“**Reproducir por medios reprográficos** para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de las obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro”*

Como podemos ver, la norma existente sólo hace referencia a la reproducción por medios reprográficos, a lo que la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual define como: *“Todo sistema o técnica por los cuales se hacen reproducciones en facsímil de ejemplares de escritos y otras obras gráficas en cualquier tamaño o forma.”*⁷² Atendiendo a la definición dada por la OMPI para la reproducción reprográfica, la reproducción digital no cabe dentro de este concepto, ya que los medios análogos difieren en gran medida de los medios digitales⁷³. Dicho esto, es

⁷¹ DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE). [en línea]. [consultado el 23 de marzo de 2009]. Disponible en <http://buscon.rae.es/drae/>. Lo define de la siguiente manera: “Que limita, circunscribe y reduce un caso a determinadas circunstancias. // Que no admite discusión. x

⁷² OMPI. Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Publicación de World Intellectual Property Organization. Ginebra, 1980. En : Torres Cadena, Mónica Derechos reprográficos y Gestión Colectiva. CERLALC. Bogotá, 2005. 3 p.

⁷³ Torres Cadena, Mónica Derechos reprográficos y Gestión Colectiva. CERLALC. Bogotá, 2005. 3 p. *“De acuerdo con lo anterior, la noción de reproducción reprográfica no comprendería el almacenamiento digital, lo que se conoce como la electrocopia⁷, pero si la*

evidente que nos encontramos ante dos medios completamente diferentes y es aquí donde radica buena parte del problema que se ha planteado en la presente tesis, dado que al ser una limitación y excepción que no admite interpretación por ser taxativa, el medio digital queda sin regulación.

Es precisamente éste el vacío normativo que se tiene frente al entorno digital, dado que la normativa comunitaria que es la aplicable a Colombia en este aspecto, sin olvidar que esta limitación y excepción se encuentra basada en el Convenio de Berna, no contempla lo concerniente a las reproducciones digitales que se puedan llegar a hacer teniendo en cuenta que se lleve a cabo con fines educativos. A continuación se hará un análisis de la norma, desglosando cada uno de los componentes que la conforman para revisar su aplicabilidad en medios digitales.

En primera medida podemos identificar que el sujeto a quien está dirigida la norma son las instituciones de educación, pero no olvidemos que éstas se ven materializadas y representadas por los docentes que imparten la educación.

Segundo, al decir “en la medida justificada por el fin que se persiga” implica una relación medios-fin, es decir, si un profesor está enseñando la asignatura “Constitucional General”, lo ideal es que se valga de las partes o fragmentos (medio) de o de los textos que sirven para explicar o ilustrar la idea que quiere transmitir (fin). Aunque puede darse el caso en el que utilicen toda la obra, caso en el cual para la legislación autoral el estado ideal sería que los estudiantes compraran una copia legal del texto.

Tercero, condiciona a que esas obras que se están utilizando hayan sido lícitamente publicadas. Vale la pena recordar aquí las condiciones que plantea el Convenio de Berna en lo relativo al derecho de cita al exigir también el que fueran textos lícitamente publicados. El elemento de la licitud como condición para que se configure la limitación es importante, dado que un autor puede preferir que su

impresión gráfica o por cualquier procedimiento fotográfico en papel u otro soporte similar, de la obra almacenada electrónicamente.”

obra permanezca inédita, es decir, sin ser publicada o dada a conocer al público. Vemos aquí que se busca también una protección del derecho moral de ineditud⁷⁴

Cuarto, exige que dicha utilización sea conforme a los “usos honrados” recordando que este requisito se encuentra definido dentro del mismo articulado y hace referencia a lo contenido en el Convenio de Berna respecto de la regla de los 3 pasos.

Quinto, finalmente que no tenga directa ni indirectamente fines de lucro. Precisamente este tipo de utilización se establece por su carácter de derecho humano a la cultura, a la educación, a la información y no porque de ella se pueda beneficiar económicamente causándole un perjuicio al titular de los derechos patrimoniales de autor.

Hecho el anterior desglose de la norma, se puede decir que los principios básicos de quien debe acatar la norma o a quien va dirigida, el fin que se persigue, que sean obras lícitamente publicadas, que su uso sea conforme a los usos honrados y que no se persiga un ánimo de lucro, son elementos que pueden ser trasladados y deben ser tenidos en cuenta para la elaboración de una normativa acorde a los requerimientos del entorno digital.

Ante esta situación, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual emite los Tratados OMPI de internet, de los cuales se estudiará el Tratado OMPI de Derechos de Autor por ser el que regula las obras literarias, artísticas y científicas.

⁷⁴ DECISIÓN 351 DE 1993. Capítulo IV. Del Derecho Moral, artículo 11: “El autor tiene el derecho inalienable, inembargable, imprescriptible e irrenunciable de: a) Conservar la obra inédita o divulgarla; b) Reivindicar la paternidad de la obra en cualquier momento; c) Oponerse a toda deformación, mutilación y modificación que atente contra el decoro de la obra o la reputación del autor.”

2.4 TRATADO OMPI DE DERECHOS DE AUTOR DE 1996 (TODAWCT)

Teniéndose una amplia demanda de las producciones intelectuales, y un marco normativo comercial en el que se establecieron unos parámetros que favorecieron la explotación económica de las obras protegidas por el derecho de autor⁷⁵, acompañado esto de los avances tecnológicos, el surgimiento y masificación del entorno digital el cual comprende las TICs, se crearon nuevas situaciones que la normatividad no estaba en condiciones de regular. Hasta el momento se trabajaba con un entorno análogo, con productos tangibles, pero con la llegada del entorno digital se pasa a tratar con obras digitalizadas u objetos digitales⁷⁶, es decir, con un intangible, lo cual implica un cambio de paradigma. Las diferencias entre los entornos son radicales y totalmente evidentes. Antes para realizar la reproducción de un libro protegido por derechos de autor, se tenía que tener acceso a la obra (tangible) y se llevaba a cabo el fotocopiado o la transcripción del mismo, mientras que en el entorno digital sólo basta con tener acceso a la obra y pasarla por un escáner para digitalizarla. Hecho esto basta con un “copiar” y “pegar” para reproducirla infinitas veces o simplemente enviar el archivo por correo electrónico a una extensa lista de contactos a los que les llegará una copia de alta calidad. Es claro que en el entorno digital la reproducción y distribución de obras es mucho más fácil y rápida, siendo más difícil ejercer un control de tales actividades por parte de los titulares de derechos o de quienes velen por los derechos económicos.

Ante esto, en 1989, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual convocó a un Comité de Expertos por parte de la Asamblea y el Comité de Representantes de la Unión de Berna con el objeto de revisar las normas existentes del Convenio

⁷⁵ Teniendo en cuenta que el ADPIC es explícito al hacer mención de la omisión del artículo 6 bis del Convenio de Berna, el cual trata los derechos morales de autor. Recordemos que los derechos morales no son objeto de transacción.

⁷⁶ LYONS, Patrice A. Acceso a Representaciones de Imágenes en Color. Una Perspectiva desde el Derecho de Autor y de las Comunicaciones. En : Revista DAT – Derecho de la Alta Tecnología. año VIII, No. 91 (marzo de 1996). Las obras digitalizadas son objetos digitales, entendiéndose por esto “el conjunto de secuencias de bits, que incluye un identificador único para el objeto llamado un handle). Un objeto digital puede incorporar obras digitales y otras representaciones de información digital en la cual derechos de autor, derechos de patentes, secretos comerciales y otros derechos o intereses protegidos están presentes aunque éste no sea siempre el caso”.

y dado el caso, adoptar unas nuevas. En el período comprendido entre 1991 y 1996, se llevaron a cabo las sesiones del Comité de Expertos que entraron a evaluar este instrumento internacional con la intención de hacer un protocolo adicional, pero en mayo de 1996 se optó por llevar a cabo un nuevo tratado, el cual conocemos hoy como el Tratado OMPI de Derechos de Autor TODA/WCT, en inglés WIPO Copyright Treaty⁷⁷, y que se concluyó el 20 de diciembre del mismo año.

La necesidad de este nuevo instrumento multilateral se hace presente desde su preámbulo al manifestar que las partes contratantes conciben esta herramienta normativa con el fin de mantener la protección de los derechos de los autores, al mismo tiempo que reconoce la necesidad de nuevas normas que sirvan para dicha protección, además de brindar una guía para interpretar normas que se encuentran vigentes proporcionando así elementos que permitan soluciones armónicas con el nuevo entorno. Es menester destacar que desde este punto se hizo expresa la obligación social que tienen los autores para con el público en general, mencionando el derecho a la educación, la investigación y el acceso a la información⁷⁸.

Inicia este Tratado haciendo claridad en que no deroga ninguna de las obligaciones adquiridas de manera previa mediante el Convenio de Berna, reafirmando así el articulado que conforma su cuerpo normativo. Antes de particularizar en las normas que se relacionan con el tema objeto de estudio, cabe anotar que este Tratado no posee un artículo que haga mención expresa al derecho de reproducción, pero sí existe una declaración concertada en torno a este tema:

⁷⁷ En relación con los derechos de los artistas intérpretes o ejecutantes y los derechos conexos productores de fonogramas, radiodifusores, etc.) se llevó a cabo al mismo tiempo el Tratado OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas TOIEF/WPPT en inglés WIPO Performances and Phonograms Treaty).

⁷⁸ TRATADO OMPI DE DERECHOS DE AUTOR. 1996. Preámbulo “...Reconociendo la necesidad de mantener el equilibrio entre los derechos de los autores y los intereses del público en general, en particular a la educación, la investigación y el acceso a la información, como se refleja en el Convenio de Berna”.

Declaración concertada respecto del Artículo 1.4)⁷⁹: *“El derecho de reproducción, tal como se establece en el artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en todo el sentido del artículo 9 del Convenio de Berna.”*

Vemos entonces que el Tratado hace una interpretación extensiva para el entorno digital de la norma establecida en el Convenio de Berna, así como de las limitaciones contempladas para este derecho exclusivo. Podemos ver que aclara que el acto de reproducción en este entorno implica el almacenamiento de un objeto digital en un soporte electrónico, entendiéndose por esto discos duros, memorias usb, memorias flash, cd-rom, dvd-rom, blu ray-rom y demás formas de almacenamiento electrónico. Al usar la expresión “soporte electrónico”, da espacio a que nuevas formas de almacenamiento digital que sean inventadas encuadren en dicho concepto o puedan hacerse extensivas.

2.4.1 Limitaciones y Excepciones. En lo relacionado a las limitaciones y excepciones, el artículo 10⁸⁰ le otorga la facultad a los países de imponer límites a los derechos concedidos por este Tratado a las diferentes obras, incluyendo los programas de ordenador y las bases de datos dentro del objeto de protección, pero recuerda la obligatoriedad de aplicar la regla de los tres pasos. La declaración concertada respecto a este artículo deja claro que las TICs han

⁷⁹ Ibíd., artículo 1.4. Hace mención a lo que ya se ha dicho anteriormente de la obligación que tienen los Estados Parte de dar cumplimiento a lo establecido en el Convenio de Berna y en el Anexo del Convenio de Berna.

⁸⁰ Ibíd. artículo 10: *“1) Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.*

2) Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la normal explotación de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.”

creado nuevas situaciones en las que las tradicionales limitaciones y excepciones se han quedado cortas, pero no sin limitar su ámbito de aplicación.

Declaración concertada respecto del Artículo 10: *“Queda entendido que las disposiciones del artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno digital.*

También queda entendido que el Artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el convenio de Berna.”

Vale la pena recordar que el Convenio de Berna establece como forma de libre utilización de las obras el de citar lícitamente de artículos periodísticos y colecciones periódicas bajo la forma de revistas o prensa y a manera de ilustración de la enseñanza por medio de publicaciones, emisiones de radio o grabaciones sonoras o visuales⁸¹. Si miramos detenidamente esta declaración, podemos darnos cuenta que a pesar de las nuevas situaciones que se han generado, las tradicionales limitaciones y excepciones no se pueden hacer extensivas vía interpretativa de las que se necesitan con los objetos digitales, en este caso los materiales educativos digitalizados o en formato digital y su consecuente limitación al derecho de autor que es el usar una obra siempre y cuando se haga con fines educativos o de ilustración, puede aplicarse en el entorno digital tal y como se ha dado en el análogo, pero aún así esta limitación que normalmente está dirigida a los centros educativos para que ellos mismos ejerzan de una u otra manera la observancia en el cumplimiento del mismo, viene a ser aplicado finalmente por los maestros. Se hace evidente por lo tanto, la responsabilidad de cada uno de los Estados miembro de estos Tratados de desarrollar y adoptar nuevas limitaciones y excepciones al entorno digital.

⁸¹ CONVENIO DE BERNA. artículo 10.

2.4.2 Medidas Técnicas de Protección (MTP). Dado que la tecnología digital permite nuevos modos de explotación, también permite nuevas formas de protección. Los derechohabientes ven parte de la respuesta a las nuevas situaciones en la misma tecnología, tal y como Keplinger lo afirma cuando dice que esto “es fiel reflejo de la creencia que se tiene que la solución está en la máquina”⁸². Y así ha sido, por esto, el TODA ha establecido dentro de su normativa un artículo específico que trata de proteger estas medidas técnicas de protección de las que se sirven los autores y/o derechohabientes para salvaguardar su facultad de autorizar o prohibir ciertos actos, tratando de mantener así el dominio sobre sus obras. Para las MTP, el TODA les ha establecido en el artículo 11 lo siguiente:

“Las Partes Contratantes proporcionarán protección jurídica adecuada y recursos jurídicos efectivos contra la acción de eludir las medidas tecnológicas efectivas que sean utilizadas por los autores en relación con el ejercicio de sus derechos en virtud del presente Tratado o del Convenio de Berna y que, respecto de sus obras, restrinjan actos que no estén autorizados por los autores concernidos o permitidos por la Ley.”

Este artículo les impone, a los países que hagan parte del Tratado, la obligación de proteger las MTP que adopten los titulares del derecho patrimonial de autor, pero la norma va más allá señalando que se debe sancionar jurídicamente el acto de eludir dichas medidas. El debate que se genera en los países que implementan mecanismos jurídicos para cumplir con esta exigencia, es el qué se debe entender por una “medida tecnológica efectiva”⁸³. Podemos decir que la finalidad de las MTP es el otorgar una cierta seguridad a los titulares de los derechos exclusivos permitiéndoles, tal y como se mencionó previamente, el control de los actos que pueden realizarse con dichas obras. Ahora, cada país debe tener un cierto control de estas medidas, puesto que por un lado se está garantizando a un titular el goce que tiene sobre una propiedad, en este caso una

⁸² KEPLINGLER, Michael S. Seminario Nacional de la OMPI sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, sus Limitaciones y Excepciones en el Entorno Digital. La Protección de la Propiedad Intelectual y la Economía Digital: La Ley de Derecho de Autor para el Milenio Digital de los Estados Unidos de América, 31 de agosto de 2000.

⁸³ Éste punto se aclarará posteriormente en cada país del estudio, dado que cada uno propone una interpretación de medida tecnológica efectiva.

propiedad sobre un bien inmaterial que se ve materializado en un soporte libro, cd, etc., pero esto no quiere decir que dicho titular se sirva de las MTP para llegar a restringir totalmente el acceso de las obras, dado que se caería en una flagrante transgresión de los derechos que tienen las demás personas o el público en general para acceder a ellas sin importar su formato, ya sea digital o análogo, siempre y cuando sus fines sean educativos o de investigación, tal y como lo establece el preámbulo del TODA y del cual ya se ha hecho mención.

Es precisamente ese pretendido equilibrio de derechos el que se busca mediante la observancia que deben ejercer los Estados Parte sobre las medidas técnicas de protección, no sólo para evitar que se usen las obras de los titulares del derecho de autor sin su consentimiento, sino para evitar que ellos abusen del ejercicio de sus derechos.

Dentro de las medidas técnicas de protección que ampara el Tratado, vale la pena mirar cuáles son las que se han puesto en práctica actualmente y en qué consisten, esto para tener herramientas que nos ofrezcan una mejor visión del fenómeno.

2.4.2.1 Medidas Técnicas que Impiden el Acceso. El papel que cumple este tipo de medidas técnicas es precisamente el impedir que alguien llegue o pueda acceder al contenido de un archivo que se encuentra protegido. El “acceso” dentro de este contexto, hace referencia a la autorización que es otorgada por el titular del derecho patrimonial a una persona para que pueda ingresar al sitio donde se encuentra la obra a través de un password o palabra clave. En este tipo de medidas técnicas, normalmente la obra se encuentra encriptada⁸⁴ o codificada de manera que se hace ilegible o incomprensible para el usuario que no posea la

⁸⁴ DICCIONARIO INFORMÁTICO. [en línea]. [consultado el 12 de marzo de 2009]. Disponible en <http://www.alegsa.com.ar/Dic/encryptacion.php>. Entendiéndose por encriptado (cifrado, codificación) “el proceso para volver ilegible información que se considera importante. La información una vez encriptada sólo puede leerse aplicándole una clave....”

Para encriptar la información se utilizan complejas fórmulas matemáticas y para desencriptar, se debe usar una clave como parámetro para estas fórmulas. El texto plano que se encuentra encriptado o cifrado se llama criptograma”

clave. Dentro de lo que comprende la criptografía en el entorno digital, podemos diferenciar dos tipos:

a) Criptografía Simétrica: Este tipo se sirve de una llave o código tanto para encriptar como para desencriptar un mensaje electrónico. El grado de seguridad de esta forma de criptografía viene a estar dada por la longitud de la clave. Como dato curioso el sistema llamado Data Encryption Standard (DES) fue desarrollado en 1977 por el gobierno norteamericano, más exactamente el departamento de comercio y la oficina nacional de estándares, y la empresa IBM. Este sistema inicial tiene una longitud de 56 bits. Actualmente se trabaja con el Advanced Encryption Standard (AES) el cual es un nuevo modelo que se basa en claves cuya longitud es de 128, 192 y 256 bits, ofreciendo un mayor nivel de seguridad⁸⁵.

b) Criptografía Asimétrica: Conocida también como de “llave pública”. A diferencia de la simétrica, ésta utiliza dos llaves diferentes, una para encriptar (llave pública) y otra para desencriptar (llave privada). Este tipo de seguridad nace en 1977 por Ron Rivest, Adi Shamir y Len Adleman en el MIT (Massachusetts Institute of Technology – Instituto Tecnológico de Massachusetts) y es conocido como sistema RSA por las iniciales de los apellidos de sus desarrolladores⁸⁶.

Si tenemos en cuenta que en materia de educación virtual una de las modalidades que se ha puesto en práctica es el de proporcionar a los “alumnos” un nombre de usuario y un password mediante el cual pueden entrar o acceder a un campus virtual⁸⁷, podemos decir que las universidades que ofrecen este tipo de formación

⁸⁵ TERRA. La criptografía moderna, códigos que esconden mensajes. Cómo opera la criptografía simétrica de clave secreta [en línea]. [consultado el 22 de marzo de 2009]. Disponible en <http://www.terra.es/tecnologia/articulo/html/tec8852.htm>

⁸⁶ REAL ACADEMIA DE CIENCIAS. El Sistema RSA. Talento Matemático 2002/2003, 30 de julio de 2003. [en línea]. [consultado el 23 de marzo de 2009]. Disponible en <http://www.uam.es/proyectosinv/estalmat/Estalmat/susipablo02.pdf>

⁸⁷ DICCIONARIO DE INFORMÁTICA. [en línea] [consultado el 19 de septiembre de 2011]. Disponible en <http://www.alegsa.com.ar/Dic/telematica.php>. Campus virtual: “*Aplicación telemática en entorno web que permite la interrelación entre todos los componentes de una Comunidad Educativa de una universidad, trasciende los límites físicos de una universidad.*” Definición encontrada en http://ses4.sep.gob.mx/wb/ses/ses_glosario?page=2&; visitado el 12 de marzo de 2009. Vale la pena aclarar que el término telemática es la contracción que se hace de dos términos que son la telecomunicación y la informática. Por lo tanto, para el presente concepto

a distancia han implementado este tipo de sistemas de seguridad, restringiendo así el acceso sólo a quienes estén autorizados. Es a través de la encriptación que las instituciones educativas que operan bajo la modalidad a distancia tratan de impedir que personas que no tengan la clave de acceso, lleven a cabo usos o acciones no autorizadas por los titulares de derechos de las obras que se encuentran a disposición de los estudiantes en dicho ámbito. Esto no excluye que se tomen otras medidas de protección que impidan que no sólo personas que no están inscritas a las instituciones lleven a cabo usos no autorizados, sino también a los mismos estudiantes del plantel educativo, quienes como se verá más adelante, deben cumplir con unos lineamientos o normas de conducta en este contexto.

2.4.2.2 Medidas Técnicas que Controlan el Uso del Contenido. Los sistemas basados en este tipo de protección buscan controlar los usos que de los contenidos efectúen las personas que han accedido a las obras protegidas por el derecho de autor⁸⁸. Este tipo de MTP, que es uno de los característicos dentro de los cursos virtuales, lleva a cabo un monitoreo de los comportamientos que lleven a cabo las personas, restringiendo conductas que se extralimiten en lo que les es permitido hacer o disponer con los contenidos que se han puesto a su disposición. Dentro de este sistema se incluye el evitar que se hagan reproducciones no autorizadas de materiales protegidos. Este tipo de aplicaciones en las instituciones educativas pueden respaldar los lineamientos o normas de conducta que deben seguir los estudiantes al ingresar a sus respectivos cursos y mientras se encuentren en la plataforma del plantel educativo. Facilita el conocer qué se encuentran haciendo cada uno de los estudiantes dentro del sistema y así evitar que llegue a darse una eventual transgresión a los derechos de autor.

2.4.3 Gestión de Derechos. Dado que a los autores o derechohabientes les interesa mantener un control del uso que el público le da a sus obras, y ante la imposibilidad física de llevar a cabo este seguimiento, así como el de otorgar

viene a ser la aplicación de las herramientas que ofrecen las tecnologías de las comunicaciones y la informática.

⁸⁸ OMPI. ¿Cómo funcionan las medidas tecnológicas de protección? [en línea]. [Consultado el 8 de octubre de 2011]. Disponible en: <http://www.wipo.int/enforcement/es/faq/technological/faq03.html>

licencias, surgen las Sociedades de Gestión Colectiva las cuales se encargan de administrar los derechos exclusivos de los derechohabientes. Tal y como lo señala Mihály Ficsor, *“el verdadero valor de este derecho es que garantiza que las obras se explotarán de manera que corresponda a los propósitos e intereses del titular del derecho. El objetivo de la gestión colectiva, así como el de otros sistemas de ejercicio conjunto de los derechos, es el ofrecer las vías y los medios para lograr esto en determinadas situaciones.”*⁸⁹

Antes de seguir, es necesario aclarar que existen diferencias entre lo que se concibe como gestión colectiva y gestión de derechos. El primero hace referencia a aquellos sistemas en los que existe una colectivización, en todo el sentido de la palabra, de la gestión de los derechos, lo cual se ve reflejado en el cobro de tarifas, licencias y normas de distribución de lo recaudado; la segunda gestiona los derechos de sus afiliados sin tener el cobro de tarifas, licencias y distribuciones de recaudos de manera estandarizada, funcionando como una ventanilla única para los usuarios que desean obtener los permisos para las utilidades de las obras⁹⁰. Para este trabajo se usará el término gestión de derechos como concepto genérico.

Ahora, el entorno digital ha replanteado el papel de este tipo de sociedades debido a que muchas de las obras que circulan por internet carecen de herramientas tecnológicas que permitan ejercer un control sobre ellas. Ante esto, las sociedades de gestión colectiva no se han quedado de brazos cruzados y se introdujo en las obras digitales legalmente adquiridas información acerca de la gestión de derechos, conocido como DRM o Digital Rights Management (Gestión de Derechos Digitales). Esta tecnología se sirve de lo que se conoce como DOI (Digital Object Identifier o Identificador de Objetos Digitales) el cual permite identificar los objetos que circulan en internet. *“Este sistema ofrece un contexto de permanente identificación, gestión de contenido protegido por leyes de propiedad intelectual, gestión de metadatos, conecta a los compradores o usuarios con los vendedores facilitando el comercio electrónico y permitiendo una gestión automatizada. Este sistema puede ser usado para cualquier tipo de gestión y*

⁸⁹ FICSOR, Mihály. La Gestión Colectiva del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 2002. 16 p.

⁹⁰ Ibídem.

*cualquier tipo de datos, sin importar si su finalidad sea o no comercial. Según la Agencia de Registro del Sistema DOI, se calcula que se han asignados cerca de 40 millones de nombres DOI en los Estados Unidos, Europa y Australia*⁹¹.

Es necesario aclarar en este punto que un objeto digital, según Nicholas Negroponte: *“es una secuencia de bits que incluyen un identificador (handle) particular para el objeto. A su vez los “bits”, podemos catalogarlos como el ADN de la información, ya que describen características, funciones, etc., pero funcionalmente un “bit” equivale a 1 o 0 (...).*⁹²”

El Tratado OMPI de Derecho de Autor en su artículo 12 consagra las obligaciones relativas a la información sobre la gestión de derechos, el cual contempla que:

“1) Las Partes Contratantes proporcionarán recursos jurídicos efectivos contra cualquier persona que, con conocimiento de causa, realice cualquiera de los siguientes actos sabiendo o, con respecto a recursos civiles, teniendo motivos razonables para saber que induce, permite, facilita u oculta una infracción de cualquiera de los derechos previstos en el presente Tratado o en el Convenio de Berna:

- i) suprima o altere sin autorización cualquier información electrónica sobre la gestión de derechos;*
- ii) distribuya, importe para su distribución, emita, o comunique al público, sin autorización, ejemplares de obras sabiendo que la información electrónica sobre la gestión de derechos ha sido suprimida o alterada sin autorización.*

2) A los fines del presente Artículo, se entenderá por "información sobre la gestión de derechos" la información que identifica a la obra, al autor de la obra, al titular de cualquier derecho sobre la obra, o información sobre los términos y condiciones de utilización de la obras, y todo número o código que represente tal información, cuando cualquiera de estos elementos de información estén adjuntos a un

⁹¹ DOI. [en línea]. [consultado el 22 de marzo de 2009]. Disponible en: www.doi.org

⁹² NEGROPONTE, Nicholas. Ser Digital, el futuro ya está aquí y sólo existen dos posibilidades: ser digital o no ser. Buenos Aires. Ed. Atlántida, 1995. 247 p.

ejemplar de una obra o figuren en relación con la comunicación al público de una obra.”

Como se puede ver, el Tratado es claro al exigir un desarrollo normativo en el que sea punible cualquier forma de alterar o suprimir este tipo de información. Pero hay que tener en cuenta que como requisito intrínseco, se debe tener un acceso a la obra original, que es la que tiene este tipo de información sobre gestión de derechos. No obstante, se castiga también a quien sabiendo, facilite de alguna manera obras en las que se haya suprimido dicha información.

En relación con la educación virtual, se podría afirmar que existen materiales digitales como obras escritas que, siendo originalmente tomadas de medios análogos, se encuentran en la red, y para que esto sea posible solo ha bastado tomar la obra original que igualmente es cobijada por el derecho de autor, pero que carece de la cualidad de ser digital para que quede bajo el amparo de este artículo, y pasarla por un escáner, proceso que se conoce como digitalización⁹³, el cual según declaración de la OMPI se debe considerar que constituye un acto de reproducción⁹⁴. El problema que se plantea frente a este tipo de hechos, es que se está incurriendo en un tipo de reproducción en el que la obra no posee los elementos propios para su identificación en el entorno digital, lo que puede desembocar en una circulación masiva de obras protegidas por el derecho de autor que pueden transitar sin ningún tipo de control dado que carecen de la información sobre gestión de derechos, llegando de esta manera a menoscabarse los derechos de los titulares.

⁹³ MILLÉ, Antonio. La Interferencia de la Tecnología Digital en las Normas para la Protección del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, y la necesidad de Armonizar las Legislaciones y la Protección Internacional. Bogotá 26 de Septiembre de 1996. Comité de Expertos de América Latina, el Caribe y Canadá sobre la Comunicación y el Derecho de Autor en la Sociedad de la Información (Infraestructura de base, protección de los derechos, impacto cultural y social). UNESCO. Buenos Aires, Argentina. Podemos entender por digitalizar, “la acción de someter a una base analógica cualquiera que soporte un contenido, por ejemplo el papel que sustenta el texto, el lienzo que incorpora la obra plástica, el disco fonomagnético que aloja el fonograma, etc., al proceso técnico idóneo para producir un objeto digital que soporte el mismo contenido” Decimos que digitalizamos un dibujo hecho a mano y plasmado en papel base analógica o tangible (constituida por átomos) cuando la pasamos por un scanner y pasa a ser un objeto digital (secuencia de bits).

⁹⁴ OMPI. Declaración conjunta relativa al Tratado OMPI. CRNR / DC / 96.

Es de resaltar que en lo concerniente a las medidas técnicas de protección y la información sobre gestión derechos, estos son factores que sin una correcta y eficiente regulación pueden desembocar en abusos que atentaría contra los derechos tanto de las personas que quieren acceder a los materiales de manera legítima, como de los titulares de los derechos patrimoniales, además de estarse incumpliendo la regla de los tres pasos, enmarcándose aquí también lo que se debe entender por usos honrados, cuyo carácter es imperativo para todos los países miembro del Convenio de Berna.

Como dato adicional, este Tratado fue aprobado por el Congreso de Colombia el 2 de febrero de 2000, mediante la Ley 565, luego de ser declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1183 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y siendo el depositario el Director General de la OMPI. El Tratado OMPI sobre derechos de autor, TODA, no brinda un nuevo concepto sobre el derecho de reproducción, remitiéndose en su artículo 1 al artículo 9 del Convenio de Berna que define reproducción, el cual ya ha sido objeto de estudio.⁹⁵

Sentadas las bases de lo que comprende la temática autoral, con especial énfasis en los elementos relevantes para el problema de estudio, se proseguirá a ilustrar lo que comprende el derecho a la educación.

⁹⁵ TRATADO OMPI SOBRE DERECHOS DE AUTOR. 1996. Colombia se adhirió por Ley 565 de 2000, artículo 1: 4) Las Partes Contratantes darán cumplimiento a lo dispuesto en los Artículos 1 a 21 y en el Anexo del Convenio de Berna.

3. LA EDUCACIÓN Y LOS AMBIENTES VIRTUALES

3.1 DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS

Dentro de la Declaración Universal de Derechos Humanos encontramos en el artículo 26 el derecho a la educación, en el cual se consagra lo siguiente:

“1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos.”

Al ser inherente al ser humano y no depender de la nacionalidad de las personas, cada Estado debe velar por la búsqueda y el cumplimiento progresivo de este derecho. Su reconocimiento, ha sido promovido a través de diferentes Pactos o Convenciones de derechos humanos, entre ellos encontramos el Pacto de San José de Costa Rica, Convención Americana de sobre Derechos Humanos, de 1969 en materia de derechos económicos, sociales y culturales, en el cual se comprometieron todos los Estados Parte a lograr un desarrollo progresivo mediante la adopción de medidas a nivel interno como de cooperación internacional que permitan alcanzar la plena efectividad de estos derechos. Posteriormente a través del Protocolo de San Salvador, Protocolo Adicional a la

Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988, se aduce que *“los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos.”*

Actualmente se ha reconocido la relación existente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales ya que estos conforman un todo que no se puede separar dado que en ellos se encuentra la base de la realización de toda persona humana⁹⁶. Por esto se tiene como de gran importancia la necesidad que estos derechos sean reafirmados –a pesar que ya se encuentren consagrados en otros instrumentos internacionales-, desarrollados y protegidos en todo el mundo. Este Protocolo –San Salvador- reafirma el compromiso que tiene cada uno de los Estados Parte de adoptar medidas que tiendan al cumplimiento progresivo de estos derechos⁹⁷, más específicamente el artículo segundo establece la obligación de adoptar medidas legislativas de orden interno para hacer efectivos estos derechos económicos, sociales y culturales.

En la Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 13, el derecho a la educación⁹⁸, al realizar el análisis del contenido normativo del artículo mencionado, señala que la educación debe tener cuatro características que están interrelacionadas:

⁹⁶ PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 1986. Principios de Limburgo. Tercera nota general: *“Teniendo en cuenta que los derechos humanos son indivisibles e interdependientes, se debería prestar la misma atención y consideración urgente a la aplicación, fomento y protección tanto de los derechos civiles y políticos, como de los económicos, sociales y culturales.”*

⁹⁷ PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. 1988. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. artículo 1, Obligación de Adoptar Medidas.

⁹⁸ PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General 13. 21º Período de Sesiones, 1999. U.N., Doc. E/C.12/1999/10.

a) Disponibilidad: Hace alusión a la cantidad suficiente de instituciones y programas que deben existir en el país.

b) Accesibilidad: Se refiere a la capacidad de acceso que han de tener todas las personas a los programas y a las instituciones educativas. Este acceso encuentra tres instancias: **i) No Discriminación.** La educación debe encontrarse al alcance de todos sin discriminaciones de cualquier tipo; **ii) Accesibilidad Material.** La educación ha de ser accesible materialmente también, es decir, ha de llegar efectivamente a todas las zonas geográficas del país, escuelas y colegios en zonas apartadas, o por medio de la tecnología moderna, a través de educación a distancia o cursos en línea; **iii) Accesibilidad Económica:** en el texto del Protocolo de San Salvador, se hace una diferenciación en este punto en la educación primaria, secundaria y superior. Al respecto, se establece que la educación primaria ha de ser gratuita para todos, mientras que la educación secundaria y superior ha de impartirse gradualmente en forma gratuita.

c) Adaptabilidad: La educación ha de tener la capacidad de transformarse y adaptarse a las transformaciones sociales y a sus nuevas necesidades, teniendo en cuenta el contexto cultural y social.

d) Aceptabilidad: Este aspecto incluye la forma en que se imparte la enseñanza o pedagogía y la calidad de los programas educativos que se ofertan por parte de las instituciones educativas.

Dicho esto, podemos afirmar que la educación es un derecho del que gozan todas las personas y un deber social a cargo del Estado, el cual se encuentra en la obligación de brindar unos mínimos para dar cumplimiento a lo dispuesto en estas Convenciones y Protocolos. Este deber que tienen los Estados debe atenerse a las características que se han mencionado previamente. Atendiendo a esto, la educación a distancia se convierte en una opción que debe cumplir estos requisitos pero de una manera particular, pues su metodología es no presencial y requiere de gran esfuerzo por parte del estudiante. Es aquí donde entran a jugar un papel fundamental las TICs, pues gracias a ellas se hace posible un mayor nivel de accesibilidad a la educación de las personas en los diferentes niveles que

lo requieran, ya sea elemental, técnico, profesional, universitario p posgrados, además de ser una de las formas en las que se adapta este derecho. Finalmente la aceptabilidad en los programas en la modalidad de educación a distancia es un punto que requiere especial atención, dado que en el entorno analógico es un aspecto que no ha merecido los mejores comentarios lo cual se viene a replantear con los contenidos de los cursos virtuales. Precisamente esto último se ampliará a continuación en los capítulos pertinentes a lo que es la educación a distancia y la educación virtual como una modalidad de ésta.

3.2 EDUCACIÓN A DISTANCIA

Como hemos visto, la educación es un derecho que tienen todas las personas y cuyo cumplimiento se encuentra en manos de los Estados. La educación a distancia viene a ser entonces una forma o modalidad que busca llegar a todas las personas y así darse cumplimiento a las disposiciones de derecho internacional en esta materia. Para adentrarnos en lo concerniente al tema se hará un acercamiento a lo que es este tipo de enseñanza.

Para autores como Jorge Eduardo Padula Perkins, los orígenes de lo que se puede considerar la educación a distancia se encuentran en el siglo XVIII, 1728⁹⁹, en Estados Unidos con la aparición de anuncios en la Gaceta de Boston en los que se ofrecía material para el aprendizaje de la mecanografía, adicionándosele a esto la posibilidad de llevar a cabo consultas a través del correo, mejor conocido como cursos por correspondencia. Para Elizabeth Hernández, Mónica López y Sara Morales, la aparición de esta modalidad en los países desarrollados de Europa hacia el siglo XIX significó una forma de dar solución a los problemas de cobertura educativa que tenían¹⁰⁰. Vale la pena mencionar la “Hermods”, que fue

⁹⁹ PADULA PERKINS, Jorge Eduardo. Sobre distancias y proximidades de la educación no presencial. [en línea]. [consultado el 11 de marzo de 2007]. Disponible en: www.udenar.edu.co/.../SOBRE%20DISTANCIAS%20Y%20PROXIMIDADES%20DE%20LA%20EDUCACION%20NO%20PRESENCIAL.doc.

¹⁰⁰ HERNÁNDEZ, Elizabeth; LÓPEZ, Mónica y MORALES, Sara. Internet: una posibilidad de educación a distancia. En : Revista Electrónica Razón y Palabra. 1p. [en línea]. [consultado visitado

una escuela de educación a distancia que utilizaba la correspondencia para dicha labor. Ésta se desarrolló en Suecia a principios del siglo XX y contó con un número de hasta 150.000 estudiantes, lo que la hace un precedente de necesaria referencia¹⁰¹

Esta modalidad educativa se caracteriza por la separación de dos de los elementos del proceso educacional como lo son el profesor y el alumno, modalidad no presencial, teniendo como vía comunicacional el uso del correo, que es una herramienta comunicacional para hacer llegar el material educativo, el cual es contenido en soportes que ofrecen una nueva forma de transmitir el mensaje al estudiante. Asimismo, se tiene que resaltar que los medios utilizados inciden en la evolución de los materiales educativos, pues al concebirse nuevos medios de difusión y comunicación se pueden ofrecer nuevos materiales para la enseñanza. Padula Perkins define esta modalidad como *“un procedimiento educativo cuyas características específicas radican en la separación física entre el maestro y el alumno y la consecuente mediatización del vínculo, es decir, el montaje, tanto de los contenidos cuanto de la interacción entre las partes, en medios de comunicación”*¹⁰².

Si miramos un poco más adelante, la educación a distancia se sirvió de avances tecnológicos tales como los cassettes de audio y de video como soportes que manejaban contenidos para hacer llegar su mensaje educacional. Es así como se va masificando este tipo de educación y sus contenidos, tal y como se dio con la imprenta en su momento, dando paso a nuevas situaciones que llamaban la

el 11 de marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/anteriores/n36/internet.html>

¹⁰¹ CASTRO, Verónica. La evolución de la educación a distancia. 1 p. [en línea]. [consultado el 11 de marzo de 2007] www.udenar.edu.co/.../LA%20EVOLUCI%20N%20DE%20LA%20EDUCACI%20N%20A%20DISTANCIA.doc

¹⁰² PADULA PERKINS, Jorge Eduardo. Sobre distancias y proximidades de la educación no presencial. [en línea]. [consultado el 11 de marzo de 2007]. Disponible en: www.udenar.edu.co/.../SOBRE%20DISTANCIAS%20Y%20PROXIMIDADES%20DE%20LA%20EDUCACI%20N%20NO%20PRESENCIAL.doc

atención de los creadores de contenidos y quienes ejercían la observancia de estos derechos en el campo autoral.

Dicho esto, si miramos lo que han sido los contenidos educativos, Padula Perkins afirma que para poder ofrecer este tipo de cursos se requiere la elaboración de contenidos adecuados para ello, acto creador de una obra que está cobijada por el derecho de autor, pero los textos utilizados para este tipo de enseñanza *“no se diferenciaban demasiado de un simple manual, porque no contaban con el diseño pedagógico adecuado, limitándose a proponer algunas actividades prácticas, evaluar ese procedimiento y finalmente acreditar el hecho, ha sido el claro negocio de muchos”*¹⁰³.

Profundizando un poco más en lo concerniente a la producción de contenidos, este es un punto que tiene una directa incidencia económica, dado que es un producto, tal y como lo afirma este autor, de una planificación, diseño pedagógico, estilístico y de edición, esto es una creación intelectual con fines educativos, pero el hecho de tener este fin no lo exime de ser objeto de protección por parte del derecho de autor. Teniendo en cuenta esta fase, quien promocionaba este tipo de cursos ofrecía también un producto que vendía y sobre cuyo ejercicio recaía en una producción protegida. Esto bajo el panorama de ser quien promociona los cursos quien detenta la titularidad de los derechos de autor, pues puede haber celebrado contratos con artistas, pedagogos y/o editores en los que estos le hayan cedido los derechos patrimoniales¹⁰⁴ para obtener un producto afín con el servicio que se pretendía ofrecer, sirviéndose de las tecnologías de comunicación vigentes para el momento.

En el texto de Sangrá Morer, en el que cita a Castells, se afirma que *“hasta hace relativamente poco la educación a distancia era observada como una educación*

¹⁰³ Ibíd.

¹⁰⁴ DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993. artículo 13. Recordemos que los derechos patrimoniales de autor son aquellos que son susceptibles de generar una ganancia en términos monetarios. Entre ellos encontramos el derecho de reproducción de la obra por cualquier medio o procedimiento, el de comunicación pública, distribución pública, traducción. Adaptación, arreglo u otra transformación de la obra.

*de carácter compensatorio, a la cual estaban condenadas aquellas personas que no tenían la posibilidad de asistir a situaciones de educación presencial.”*¹⁰⁵ Es precisamente esta idea la que viene a ser replanteada, junto con todos los elementos como los materiales o contenidos educativos, así como la forma en que se hacían llegar a los “estudiantes”, pues la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y comunicación han puesto al alcance de todos la información, producciones intelectuales de todo tipo, como obras literarias, artísticas y musicales entre otras, que sirven para esta finalidad. Dada la contextualización de lo que implica la educación a distancia e ilustrado el uso y desarrollo de los medios de comunicación utilizados, teniendo en cuenta lo concerniente a los contenidos como materiales protegidos, se pasará a abordar el tema de educación virtual o e-learning.

3.3 EDUCACIÓN VIRTUAL

Para empezar, se debe hacer claridad que el e-learning o educación virtual es una modalidad de educación a distancia y no un sinónimo de ésta, dado que la educación a distancia, como hemos visto, es un tipo de educación no presencial la cual se vale de las diferentes tecnologías de la comunicación, como el correo postal, radio, televisión y videocassettes. Por esto, se puede considerar la educación virtual como una forma de educación a distancia en la que se emplean como herramientas mediáticas las TICs. Ángel Facundo señala que a pesar que las tecnologías empleadas para este fin son diversas, se encuentra que las más utilizadas son la video conferencia, la transmisión satelital, los discos compactos como cd, dvd y blu ray, e internet¹⁰⁶.

¹⁰⁵ SANGRÁ MORER, Albert. Los retos de la educación a distancia. Conferencia pronunciada en la Universidad Autónoma de Madrid el 20 de mayo de 2002, en el marco del *Seminario de formación de RED-U “La utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en Educación Superior: Un enfoque crítico”*.

¹⁰⁶ MURCIA FLORIÁN, Jorge Hernando. Redes del Saber. Investigación Virtual, Proceso Educativo y Autoformación Integral. Colección Alma Mater. Primera Edición: Editorial Magisterio, 2004. 97 p.

Dentro de las características que definen al e-learning como una nueva forma de educación a distancia encontramos las siguientes¹⁰⁷:

- Disponibilidad de las TICs en cualquier lugar.
- Se acomodan a los tiempos del estudiante.
- Exigen mayor responsabilidad del estudiante en su aprendizaje.
- Aumentan el tiempo de dedicación para las actividades académicas, evitando la limitación de horarios, desplazamientos y canales limitados de comunicación.
- Ofrecen alternativas para los diferentes ritmos de aprendizaje del estudiante o para diferentes niveles de profundidad dados por el docente.
- Desarrollan habilidades en el uso de la tecnología, brindando la posibilidad de acceso a la información actualizada a través de internet.
- Permiten generar verdaderos procesos de autoevaluación y diversas formas de evaluación, que convierten el proceso educativo en algo más dinámico, participativo e interactivo.

Así mismo, la educación virtual se vale de herramientas sincrónicas y asincrónicas. Las primeras son entendidas como aquellas que brindan una experiencia en tiempo real¹⁰⁸, entre las que encontramos el uso de la videoconferencia, los chats¹⁰⁹ en vivo o incluso crear un foro de discusión¹¹⁰ en

¹⁰⁷ UNIGARRO, Manuel A. Educación Virtual. Encuentro formativo en el Ciberespacio. Editorial Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2007. En : GUTIÉRREZ RODAS, Javier Antonio. Definición de un modelo pedagógico para la Educación Virtual en el CES. Editorial CES, 2004. 22 p.

¹⁰⁸ MICROSOFT CORPORATION. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española [Enciclopedia Encarta]. 2009. Se entiende por sincrónico: tiempo). Adj. Fís. Dicho de un proceso o de su efecto: Que se desarrolla en perfecta correspondencia temporal con otro proceso o causa.

¹⁰⁹ Traducción libre. La palabra “chat” es utilizada en inglés para hacer referencia a lo que denominamos en español “charlar” o “conversar”.

tiempo real. A su vez, las segundas son aquellas que no son llevadas a cabo en tiempo real, carentes de sincronía, refiriéndose estas al uso del correo electrónico, foros de discusión llevados a cabo en esta modalidad en la que cada estudiante ingresa y realiza un aporte en el momento que lo crea conveniente o en el que pueda ingresar al sistema.

En este tipo de enseñanza se hace indispensable la inclusión de una plataforma que se conoce como LMS, Learning Management System o Sistema de Gestión del Aprendizaje, el cual se define como *“un programa informático implementado sobre servidores de internet/intranet que se ocupa de las siguientes actividades básicas:*

-Gestión de los usuarios de los diferentes cursos virtuales. Los usuarios serán, normalmente, de tres tipos de perfiles. El perfil o rol del administrador, el perfil del alumno y el perfil profesor o tutor de un curso.

-Gestión administrativa de los cursos. En este punto cabe destacar el uso de las evaluaciones efectuadas a los alumnos para determinar el grado de asimilación de contenidos de los cursos.

-Gestión de las herramientas de comunicación: como lo son los foros, correo, videoconferencia, chat, etc.”¹¹¹

Las plataformas existentes se han clasificado en dos tipos:

a) Comerciales: Este tipo de plataformas se caracterizan por ser un servicio que se vende o alquila a los diferentes centros educativos interesados en ofrecer esta

¹¹⁰ UNAM. Glosario. [en línea]. [consultado el 30 de mayo de 2007]. Disponible en <http://www.facmed.unam.mx/emc/computo/nvastec/glosario.htm>. Se entiende por foro de discusión “Espacio en línea para tratar temas de interés común con propósitos académicos, es importante partir de una pregunta que genere la discusión, análisis y profundización del tema, es recomendable que existan mediadores que orienten y centren la atención en el objeto de estudio.”

¹¹¹ BARCHINO, Roberto; GUTIÉRREZ, José M. y OTÓN, Salvador. Panorámica de las Herramientas de Apoyo a la Teleformación. Universidad de Alcalá. Departamento de Ciencias de la Computación, 28871. Alcalá de Henares, España [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://ftp.informatik.rwth-aachen.de/Publications/CEUR-WS/Vol-117/paper02.pdf>

modalidad de educación a distancia. Entre ellas encontramos Blackboard, WebCT (Web Course Tools) y e-College entre otras. Dentro de las características más sobresalientes y que son relevantes para el presente estudio debido a que se refieren al manejo de contenidos, encontramos en Blackboard las siguientes: el “Course Delivery”, el cual es una aplicación que le ofrece a los profesores las herramientas necesarias para crear contenidos educativos basados en web. Otra de las funciones que se puede destacar de esta plataforma es el “Blackboard SafeAssign”, que permite a los profesores detectar plagios realizados por parte de los estudiantes a través de un cotejo que se lleva a cabo de forma automática con una base de datos de trabajos anteriores y a través de internet. Así mismo, los estudiantes por medio de esta aplicación pueden confrontar sus escritos para evitar potenciales plagios¹¹². También se encuentra una “Gestión de Contenidos” (Content Management), que es una herramienta dirigida, en mayor medida, a directivas del plantel educativo, la cual permite etiquetar, reutilizar y compartir los contenidos en formato digital¹¹³. En la plataforma WebCT se destaca la publicación de trabajos de investigación y de materiales de enseñanza en soporte electrónico, creación de páginas web, diseño, gestión y desarrollo de revistas electrónicas¹¹⁴. Sistemas como e-College, ofrecen a sus usuarios sistemas personalizados según las necesidades, siendo así un sistema flexible. Entre sus diferentes servicios ofrece “eLearning síncrono” el cual se concibe a través de un “pizarrón electrónico” (Class Live) y mediante el cual el profesor puede ver y escuchar a sus estudiantes, al mismo tiempo que ellos pueden interactuar en tiempo real con el docente. En lo que a contenidos se refiere, ofrece una administración de estos, posibilitando la creación y administración de un banco central que le permite editar contenidos, almacenarlos, modificarlos, y administrarlos de acuerdo a cada programa académico (administración del

¹¹² BLACKBOARD. Learn capabilities. [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.blackboard.com/Teaching-Learning/Learn-Capabilities/Course-Delivery.aspx>. En ésta parte sólo se hace referencia a las aplicaciones que interesan a la temática desarrollada en la presente tesis como lo es el manejo de contenidos, aclarando que esta plataforma ofrece más de las que aquí se enuncian.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ LIMA TORRADO, Jesús. La utilización de los recursos de la plataforma WebCT como instrumento de apoyo en el campo de la ciencia jurídica. [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2009]. Disponible en http://eprints.ucm.es/5800/1/Lima_Torrado.pdf

acceso)¹¹⁵. Merece una mención especial el que adicionalmente ofrece a sus clientes contenidos interactivos para el desarrollo de sus programas académicos¹¹⁶, convirtiéndose así en un proveedor de contenidos educativos para aquellas personas o usuarios que requieran este servicio, el cual va acompañado de asistencia técnica y capacitación del personal sea docente o administrativo.

b) No comerciales: Son plataformas cuyo uso se ofrece de manera gratuita en internet, además de ser parte de lo que se conoce como open source (código de fuente abierto), para posibilitar modificaciones que quiera hacer el usuario, lo cual es una característica del software libre. Esto último no implica que sea siempre software gratuito. Moodle, Claroline y Dokeos son algunos ejemplos de este tipo de programas de gestión. Dentro de las características que sobresalen de la plataforma Moodle está la capacidad de admitir un gran número de contenidos en diferentes formatos digitales video, sonido, flash, documentos de Microsoft Office entre otros), también permite el subir y manejar estos archivos materiales educativos) desde el servidor e incluso posibilita la creación de contenidos en formato web texto o HTML), así como el uso de enlaces web para facilitar el acceso a datos¹¹⁷. La plataforma Claroline también permite el uso de archivos digitales en diferentes formatos, así como la creación de directorios y subdirectorios para la compilación de archivos, además de brindar la posibilidad de gestionar listados de enlaces vínculos que remiten a páginas web en las cuales está alojada originalmente la información para su estudio¹¹⁸. La herramienta “wiki” es usada para escribir documentos en colaboración¹¹⁹. La plataforma Dokeos facilita a los docentes la elaboración de sus materiales a través de la importación

¹¹⁵ PEARSON, eCollege. Administrador de contenido [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2009]. Disponible en: http://www.ecollege.com/espanol/Tecnologia.learn#administrador_de_contenido

¹¹⁶ Ibíd. Servicios [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2009] Disponible en <http://www.ecollege.com/espanol/Servicio.learn>

¹¹⁷ MOODLE. Features. [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2009]. Disponible en http://cvs.moodle.org/lang/gl_utf8/docs/features.html?view=co

¹¹⁸ CLAROLINE. Features. [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2009] Disponible en <http://www.claroline.net/features.html>

¹¹⁹ Ibíd. About.

de documentos en Power Point guardando compatibilidad con SCORM¹²⁰, grabación de audio y seguimiento del curso sin necesidad de la instalación de software, todo desde la red a través de su herramienta “Oogie Rapid Learning”¹²¹. También hace posible el recibir clases por videoconferencia a través de “Dokeos Videoconferencing 2.0” el cual se basa en flash, lo que permite un funcionamiento desde la web sin necesidad de instalar software y permitiendo el uso de cualquier ordenador para asistir a este tipo de sesiones¹²².

Se puede afirmar que el uso de las herramientas tecnológicas en el contexto de la educación virtual han generado nuevas empresas de servicios dedicadas a este sector. Los elementos dentro del proceso educacional siguen siendo los mismos,, tales como profesores, estudiantes e instituciones, pero con la diferencia que ahora las herramientas comunicacionales y los contenidos educacionales, que son en esencia obras susceptibles de protección por derechos de autor, juegan un papel protagónico, ya que es a través de estos objetos digitales o archivos, en los que se puede encontrar plasmada una obra, que se imparte una educación que se pretende sea de calidad, dejando atrás el concepto de “ser una educación de carácter compensatorio” que se manejaba hasta el momento.

Atendiendo al problema de investigación planteado al inicio de la presente tesis, se mirará a continuación las normativas del derecho de autor y el desarrollo de nuevas limitaciones y excepciones que atienden al fenómeno de la educación virtual tanto la Comunidad Europea, particularmente en España, como en Estados

¹²⁰ SCORM. Qué es. [en línea]. [consultado el 19 de septiembre de 2011]. Disponible en http://elearning-scorm.com/que_es_scorm.php. SCORM (*Sharable Content Object Reference Model – Modelo de Referencia para Contenidos Compartibles*) “es el estándar de elearning más utilizado a nivel mundial. La utilización de estándares permite que un curso elaborado con cualquier herramienta que cumpla el estándar pueda ser visto en cualquier plataforma (LMS) que también lo cumpla. El estándar SCORM, está orientado además a que se utilicen repositorios de píldoras formativas, que son pequeñas unidades de información independientes. De esta manera, podría crearse un curso entero reuniendo un determinado número de estas unidades, que pueden formar parte a su vez de otros cursos distintos.”

¹²¹ DOKEOS. Productos. [en línea]. [consultado el 21 de abril de 2009]. Disponible en <http://www.dokeos.com/es/productos/oogie>

¹²² *Ibíd.*

Unidos, teniéndose estas situaciones como referentes frente a la falta de regulación respecto al tema planteado en este trabajo de investigación.

4. LA EDUCACIÓN VIRTUAL Y EL DERECHO DE AUTOR EN ESPAÑA Y ESTADOS UNIDOS

4.1 LA EDUCACIÓN VIRTUAL Y EL DERECHO DE AUTOR EN ESPAÑA

4.1.1 Constitución Española. La actual Constitución española fue aprobada por las Cortes de dicho país el 31 de octubre de 1978, ratificada en referéndum el 6 de diciembre y sancionada por el Rey el 27 de diciembre del mismo año.

Dentro de esta Constitución podemos encontrar varios artículos que hacen referencia tanto al derecho que tienen las personas a la educación como al derecho de autor. En su Título Preliminar, de manera más precisa en el artículo 9 literal 2, el Estado Español se obliga a promover la participación de sus ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social¹²³. De cierta manera estos derechos se relacionan con los derechos humanos, los cuales buscan el desarrollo del ser humano como ser integral desde las diferentes esferas que lo conforman, siendo esta normativa congruente y desarrollo de lo dispuesto en el instrumento internacional.

En el Título I, que trata de los Derechos y Deberes Fundamentales, Capítulo II Derechos y Libertades, artículo 20 numeral 1, literal b), el Estado Español reconoce y protege a sus ciudadanos los derechos que recaen sobre *“la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.”*¹²⁴ Se le otorga así un estatus constitucional a la actividad creativa en sus diferentes formas, guardando armonía con lo establecido en el Convenio de Berna. No obstante, en el mismo artículo, en su numeral 4 se limitan estos derechos, recordándonos que no son

¹²³ CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA. artículo 9, literal 2: *“Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.”*

¹²⁴ *Ibíd.*, artículo 20 numeral 1: *“Se reconocen y protegen los derechos: b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.”*

absolutos¹²⁵. Parte de que estos derechos no sean absolutos es el reconocimiento de la existencia de un derecho de propiedad sobre un bien inmaterial que se puede ver limitado en cuanto a la función social que debe cumplir¹²⁶, convirtiéndose el desarrollo normativo en la piedra angular que pretende brindar un equilibrio entre el interés general y el interés particular. En este aspecto, el Estado Español de manera expresa establece que es la única autoridad competente para legislar sobre derechos de autor y propiedad industrial¹²⁷ dentro de su territorio.

En lo que se refiere al derecho a la educación que tienen las personas en España, es elevado a rango constitucional, haciendo claridad en que su objeto es el pleno desarrollo de la personalidad humana, los derechos y libertades fundamentales, así como el respeto a los principios democráticos. Así mismo se establece que la educación puede ser impartida a través de centros docentes creados por personas tanto físicas como jurídicas, reconociendo al mismo tiempo la libertad de enseñanza¹²⁸, dentro de lo que se pueden enmarcar las diferentes modalidades educativas.

Llama la atención que incluso desde la Constitución, el Estado se compromete a tutelar el acceso a la cultura al que tienen derecho las personas, así como el

¹²⁵ *Ibíd.*, artículo 20, numeral 4: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.”

¹²⁶ *Ibíd.*, artículo 33: **1.** Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia; **2.** La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes; **3.** Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

¹²⁷ *Ibíd.*, artículo 149, 1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 9.^a Legislación sobre propiedad intelectual e industrial.

¹²⁸ *Ibíd.*, artículo 27: **1.** Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza; **2.** La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales; **6.** Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales; **8.** Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

promover la ciencia y la investigación científica¹²⁹, pero se debe tener en cuenta que este derecho de acceso que tienen las personas se obtiene limitando los derechos de otras sobre sus producciones intelectuales, buscando de esta manera un posible equilibrio entre derechos.

España al hacer parte de la Comunidad Europea, en adelante CE, debe tener un desarrollo normativo acorde a las Directivas de la CE. Éstas últimas son actos normativos emitidos por la Comisión Europea. Según los Tratados de Roma¹³⁰, Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (-CEE-) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (-EURATOM-), que son considerados como los constitutivos de la Comunidad Europea, las disposiciones de las directivas europeas son de aplicabilidad indirecta en relación a los ordenamientos internos de cada país miembro, lo que implica que cada uno de los países debe desarrollar una legislación según el marco establecido en la misma para que sean exigibles los derechos y deberes que se consagren. Vale la pena agregar que las directivas de la CE son consideradas como normas armonizadoras ya que señalan los aspectos comunes sobre los cuales los países de la CE deben desarrollar su actividad legislativa.

La Comunidad Europea no ha sido indiferente ante la problemática planteada en el presente trabajo. Atendiendo a lo que ha sido un problema de talla mundial y dando cumplimiento a la obligación contraída en los Tratados OMPI de Internet de adoptar medidas jurídicas idóneas, se ha emitido una ley marco como lo es la Directiva 2001/29/CE de la Sociedad de la Información, la cual será objeto de estudio a continuación.

¹²⁹ Ibid., artículo 44: **1.** Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho; **2.** Los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general.

¹³⁰ SÍNTESIS DE LA LEGISLACIÓN DE LA UE. Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea- texto original (versión consolidada). [en línea]. [consultado el el 19 de septiembre de 2011]. Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_es.htm. Firmados el 25 de marzo de 1957 en Roma por Alemania, Francia, Italia, Bélgica, Países Bajos y Luxemburgo.

4.1.2 Directiva Europea 2001/29/CE, Relativa a la Armonización de determinados Aspectos de los Derechos de Autor y los Derechos Afines a los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información. Al mirar el Considerando de esta directiva, se destaca la necesidad de establecer un marco propicio para el mercado interno de la Comunidad Europea, el cual sea ideal para los “nuevos productos y servicios”. Dentro de estos productos y servicios, se contemplan los derechos de autor y derechos afines¹³¹, los cuales son la base de un sector comercial de la economía europea, buscando una seguridad jurídica para la CE frente al entorno digital, incentivando de esta manera la industria y servicios en el mercado europeo, así como su competitividad.

En atención a los nuevos mercados, el Considerando 5) establece de manera expresa que los desarrollos tecnológicos han diversificado las formas de creación, producción y explotación, razón por la que el derecho de autor debe adaptarse y responder ante esto¹³². Se estipula de igual manera la necesidad de ofrecer a los autores y productores, se hablaría en el contexto educativo de productos multimedia, un marco jurídico que garantice una compensación adecuada por el uso de sus obras. La anterior afirmación la plantea esta directiva con miras a la obtención de un rendimiento económico previa inversión¹³³.

¹³¹ DIRECTIVA EUROPEA 2001/29/CE. Relativa a la Armonización de determinados Aspectos de los Derechos de Autor y los Derechos Afines a los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información. Considerando 2): *“En su reunión de Corfú del 24 y 25 de junio de 1994, el Consejo Europeo hizo hincapié en la necesidad de crear un marco jurídico general y flexible de ámbito comunitario para fomentar el desarrollo de la sociedad de la información en Europa. Para ello, es necesario, entre otras cosas, disponer de un mercado interior para los nuevos productos y servicios. Se han adoptado ya, o se encuentran en vías de adopción, normas comunitarias importantes para el establecimiento de dicho marco normativo. Los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor desempeñan un papel importante en este contexto, al proteger y estimular el desarrollo y la comercialización de nuevos productos y servicios y la creación y explotación de su contenido creativo.”*

¹³² *Ibíd.*, Considerando 5): El desarrollo tecnológico ha multiplicado y diversificado los sectores de creación, producción y explotación. Si bien la protección de la propiedad intelectual no requiere que se definan nuevos conceptos, las actuales normativas en materia de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor deben adaptarse y completarse para responder adecuadamente a realidades económicas tales como las nuevas formas de explotación.

¹³³ *Ibíd.*, 10): *“Para que los autores y los intérpretes puedan continuar su labor creativa y artística, deben recibir una compensación adecuada por el uso de su obra, al igual que los productores, para poder financiar esta labor. La inversión necesaria para elaborar productos tales como fonogramas, películas o productos multimedia, y servicios tales como los servicios “a la carta”, es considerable. Es indispensable una protección jurídica adecuada de los derechos de propiedad intelectual para*

En su Considerando 14) se hace presente el derecho a la educación como un derecho de interés general:

“La presente Directiva aspira a fomentar el aprendizaje y la cultura mediante la protección de las obras y prestaciones, permitiendo al mismo tiempo excepciones o limitaciones en interés general para fines educativos y docentes.”

Si se observa detenidamente, es interesante el hecho que para la CE, el derecho de autor no riñe o no se encuentra en contraposición con el derecho que tienen las personas a la educación y a la cultura, pues para ello el acceso es permitido bajo esta perspectiva. Este considerando se ve reafirmado en el 31), que hace manifiesto el garantizar un equilibrio entre los diferentes derechos e intereses que se tejen alrededor de este tipo de producciones¹³⁴

El considerando 42) aborda de manera específica lo que es la limitación y excepción con fines educativos, incluyendo de manera expresa la educación a distancia, condicionando la aplicación de esta limitación a que no se persigan fines comerciales, pero este fin no comercial debe estar dado por la actividad misma¹³⁵

garantizar la disponibilidad de tal compensación y ofrecer la oportunidad de obtener un rendimiento satisfactorio de tal inversión.”

¹³⁴ Ibid., 31): *“Debe garantizarse un justo equilibrio entre los derechos e intereses de las diferentes categorías de titulares de derechos, así como entre las distintas categorías de titulares de derechos y usuarios de prestaciones protegidas. Las actuales excepciones y limitaciones a los derechos previstas en los Estados miembros deben reevaluarse a la luz de los avances logrados en la electrónica. Las diferencias existentes en las excepciones y limitaciones a determinados actos restringidos inciden directa y negativamente en el funcionamiento del mercado interior de derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor. Tales diferencias podrían perfectamente acentuarse a medida que se desarrollen la explotación transfronteriza de las obras y las actividades transfronterizas. Para garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, resulta oportuno definir de manera más armonizada tales excepciones y limitaciones. El grado de armonización de las mismas debe estar en función de sus efectos sobre el correcto funcionamiento del mercado interior.”*

¹³⁵ Ibid., 42): *“Al aplicar la excepción o limitación en el caso de fines educativos o de investigación científica no comerciales incluida la educación a distancia, la naturaleza no comercial de la actividad de que se trate debe venir dada por la actividad en sí. La estructura institucional y los medios de financiación de la entidad de que se trate no son los factores decisivos a este respecto.”*

El objeto de la Directiva en estudio es el establecimiento de limitaciones y excepciones al derecho de reproducción y de comunicación, logrando así un desarrollo de mercado estable y seguro a nivel jurídico para la CE. La necesidad de un nuevo marco normativo en torno a las limitaciones y excepciones obedece a que en las nuevas tecnologías de la información y comunicación existen procesos tecnológicos en los que se dan reproducciones temporales y cuya finalidad es el posibilitar la transmisión de datos a quien esté realizando la solicitud¹³⁶. Bajo la normatividad tradicional este tipo de reproducciones temporales no tendrían cabida, impidiéndose así las transmisiones de datos, inclusive de tipo legal. Por esto, el artículo 5¹³⁷ del Capítulo II que trata de los “Derechos y Excepciones”, dispone que las reproducciones temporales que tengan el carácter de transitorios o accesorios como lo es el de la memoria RAM (Random Access Memory o Memoria de Acceso Aleatorio de los computadores) que sean parte del proceso y que su finalidad sea:

“a) una transmisión en una red entre terceras partes por un intermediario, o

b) una utilización lícita de una obra o prestación protegidas, y que no tengan por sí mismos una significación económica independiente, estarán exentos del derecho de reproducción contemplado en el artículo 2.”¹³⁸

¹³⁶ CORREA CARDOZO, Hernán. Retos del entorno digital al régimen de limitaciones y excepciones. *En* : Revista iberoamericana de derecho de autor. Año 1, No. 1 (Enero – Junio 2007); 142 p. Al respecto expresa de esta Directiva Europea lo siguiente: *“En este orden de ideas, el objetivo era reinterpretar el régimen de limitaciones y excepciones, a fin de que los intereses de los usuarios no se vieran defraudados y sin el sacrificio de las prerrogativas a favor de los autores y demás titulares de prestaciones protegidas.”*

¹³⁷ FICSOR, Mihály. Aplicación de las limitaciones y excepciones en el entorno y en la red digital. *En* : Revista iberoamericana de derecho de autor. Año 1, No. 1 (Enero – Junio 2007); p.15 – 16. *“Se debe anotar que, aunque la aplicación de esta excepción es obligatoria, bajo lo dispuesto por el párrafo 5 del mismo artículo, está sujeta igualmente a la regla de los tres pasos, es decir, si tales actos de reproducción temporal en ciertos casos por ejemplo, como resultado del desarrollo de las nuevas tecnologías –crean conflictos con la normal explotación de las obras o prestaciones protegidas, o perjudican injustificadamente los legítimos intereses de los titulares de derechos, la excepción en tales casos no será aplicable.”*

¹³⁸ Op. cit, artículo 5.

Para ser más preciso, el artículo 2 de la Directiva establece el derecho que tienen los autores sobre sus obras; los artistas e intérpretes sobre las fijaciones de sus actuaciones; los productores de fonogramas sobre ellos y los productores de las primeras fijaciones de películas en original y copias, para autorizar o prohibir la reproducción directa o indirecta, provisional o permanente sin importar el medio ni la forma, sea la totalidad o parte de sus producciones. Esta enunciación que se hace, pretende dejar de manera expresa todas las posibles reproducciones que se pueden hacer de los distintos tipos de obras, dando paso así a las situaciones que permiten el establecimiento de limitaciones y excepciones que el numeral 2 del artículo 5 estipula:

“a) en relación con reproducciones sobre papel u otro soporte similar en las que se utilice una técnica fotográfica de cualquier tipo u otro proceso con efectos similares, a excepción de las partituras, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa;

b) en relación con reproducciones en cualquier soporte efectuadas por una persona física para uso privado y sin fines directa o indirectamente comerciales, siempre que los titulares de los derechos reciban una compensación equitativa, teniendo en cuenta si se aplican o no a la obra o prestación de que se trate las medidas tecnológicas contempladas en el artículo 6;

c) en relación con actos específicos de reproducción efectuados por bibliotecas, centros de enseñanza o museos accesibles al público, o por archivos, que no tengan intención de obtener un beneficio económico o comercial directo o indirecto.”

Si miramos los anteriores literales, se puede afirmar que guardan íntima relación con la educación, ya que en cualquier modalidad educativa se pueden llevar a cabo reproducciones de diferentes tipos y en diversos soportes. Incluso en la educación virtual cabe la posibilidad de reproducir en papel al ofrecérsele la opción al estudiante de imprimir los materiales suministrados, pero es precisamente la actividad educativa la que permite este tipo de excepción.

Acto seguido, el numeral 3 del mismo artículo enumera los casos en los que se puede aplicar excepciones al derecho de reproducción, de comunicación y de puesta a disposición al público de las diferentes obras protegidas. El literal que interesa al presente estudio es el siguiente:

“a) cuando el uso tenga únicamente por objeto la ilustración con fines educativos o de investigación científica, siempre que, salvo en los casos en que resulte imposible, se indique la fuente, con inclusión del nombre del autor, y en la medida en que esté justificado por la finalidad no comercial perseguida;”

La ilustración se entiende en los términos expresados por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, en el que se encuentra lo siguiente: *“Aclarar un punto o materia con palabras, imágenes o de otro modo.”*¹³⁹ Es precisamente éste el fin de la educación, ilustrar, dar información, instruir o proporcionar conocimientos a la persona que se encuentra en el proceso educacional, actividad que está por naturaleza desprovista de una finalidad económica toda vez que pretende alcanzar y materializar un derecho humano.

Para la CE, el desarrollo y adopción de las limitaciones y excepciones establecidas en esta Directiva, obedece al deseo de mostrar la incidencia económica que han tenido los desarrollos tecnológicos. A su vez, la Directiva contempla las medidas técnicas de protección como un elemento a tener en cuenta para la protección de los intereses económicos que se persiguen, sin dejar a un lado la posibilidad que existe de eludir estas medidas, por lo que se plantea la necesidad de una armonía normativa para la guarda de las medidas técnicas de protección desde varios puntos como lo son¹⁴⁰:

¹³⁹ MICROSOFT CORPORATION. Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. [Enciclopedia Encarta]. 2009.

¹⁴⁰ *Ibíd.*, 44): “Al aplicar las excepciones y limitaciones previstas en la presente Directiva, éstas deben ejercerse de acuerdo con las obligaciones internacionales. Las citadas excepciones y limitaciones no deben aplicarse ni de tal forma que los intereses legítimos del titular del derecho se vean perjudicados ni de manera contraria a la explotación normal de su obra o prestación. El establecimiento de dichas excepciones o limitaciones por los Estados miembros debe, en particular, reflejar debidamente el creciente impacto económico que pueden tener las mismas a la luz de los avances logrados en la electrónica. Por consiguiente, puede resultar necesario limitar aún más el alcance de determinadas excepciones o limitaciones en lo tocante a ciertas nuevas

-El acto de elusión

-Suministro de dispositivos y productos para tal fin.

Esto se materializa en el artículo 6 de la presente Directiva, en la que se establece la obligación de los Estados Partes para crear una protección jurídica contra el acto de elusión de las medidas técnicas de protección¹⁴¹, pero condicionando la conducta al dolo, es decir, que persiga ese fin¹⁴², salvando la responsabilidad de quienes inocente o accidentalmente cometan tal acto. Se regula de manera estricta la venta, adaptación, alquiler, fabricación, distribución, posesión con fines comerciales, etc., de los dispositivos que permitan la esquivas de las medidas técnicas de protección, siendo requisito para la aplicación de esta norma el que dichos dispositivos hayan sido concebidos para la actividad infractora.

Pero estas medidas técnicas de protección no pueden ser de cualquier tipo, la normativa le da el calificativo de “*efectivas*” para otorgarles protección jurídica. El concepto o lo que se debe entender por “*efectivas*” plantea ciertos problemas porque no se tiene uniformidad conceptual sobre ello. Ante esto el artículo 6, párrafo 3 de la Directiva sobre el Derecho de Autor en la Sociedad de la Información (Directiva Europea 96 / 9 / CE), plantea que: “*Las medidas técnicas se*

utilizaciones de obras protegidas por derechos de autor y prestaciones protegidas por derechos afines a los derechos de autor.”

¹⁴¹ Ibíd., artículo 6, numeral 3. Se entiende por Medida Técnica de Protección: “*Toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos referidos a obras o prestaciones protegidas que no cuenten con la autorización del titular de los derechos de autor o de los derechos afines a los derechos de autor establecidos por ley o el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE.*”

¹⁴² DIRECTIVA 2001/29/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO. Capítulo III Protección de Medidas Tecnológicas e Información para la Gestión de Derechos. artículo 6: “*Obligaciones relativas a medidas tecnológicas: 1. Los Estados Miembros establecerán una protección jurídica adecuada contra la elusión de cualquier medida tecnológica efectiva, cometida por una persona a sabiendas, o teniendo motivos razonables para saber que persigue ese objetivo.*

2. Los Estados miembros establecerán una protección jurídica adecuada frente a la fabricación, importación, distribución, venta, alquiler, publicidad para la venta o el alquiler, o posesión con fines comerciales, de cualquier dispositivo, producto o componente o la prestación de servicios que: a) sea objeto de una promoción, de una publicidad o de una comercialización con la finalidad de eludir la protección, o b) sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o c) esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección de cualquier medida tecnológica eficaz.”

suponen eficaces cuando la utilización de una obra protegida, o la de otro objeto protegido, está controlada por los titulares del derecho gracias a la aplicación de un código de acceso o de un procedimiento de protección, tal como la codificación, la perturbación o cualquier otra transformación de la obra o del objeto protegido o de un mecanismo de control de copia que alcance este objetivo de protección.” Son precisamente estos códigos de acceso los que normalmente son utilizados por las instituciones de educación a distancia en el entorno digital, al dársele un nombre de usuario y una clave o password al estudiante, posibilitándose así el “acceso” a los materiales educativos.

En lo referente a la información para la gestión de derechos, la Directiva en su artículo 7 numeral 2, entiende por ello *“toda información facilitada por los titulares de los derechos que identifique la obra o prestación protegida contemplada en la presente Directiva, o a que se refiere el derecho sui generis previsto en el Capítulo III de la Directiva 96/9/CE¹⁴³, al autor o cualquier otro derechohabiente, o información sobre las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, así como cualesquiera números o códigos que representen dicha información.”*, ordenando a los países miembro elaboren una protección jurídica a estos datos, estableciendo como conducta la supresión o alteración de esta información, así como el poner a disposición del público.

4.1.3 Real Decreto Legislativo 1 de 1996 / Ley de Propiedad Intelectual en España. Este Real Decreto Legislativo aprueba el texto de propiedad intelectual llevando a cabo así una regularización de la materia, aclarando y armonizando según lo dispuesto en la Directiva De la Sociedad de la Sociedad de la Información 2001/29/CE.

¹⁴³ DIRECTIVA EUROPEA 96/9/CE, Sobre la Protección Jurídica de las Bases de Datos. Capítulo III: En este capítulo de la Directiva 96/9/CE se consagran los derechos que tienen los fabricantes o los derechohabientes de bases de datos para prohibir la extracción o reutilizar una parte o la totalidad de una parte sustancial del contenido de dicha base (Subrayado fuera de texto). No obstante, estos derechos son susceptibles de transferirse, cederse o darse en licencia contractual. De la misma manera, se manifiesta que los usuarios legítimos de las bases de datos, sin importar la forma en que se hubiera puesto a disposición del público, pueden llegar a extraer o reutilizar una parte sustancial de esta cuando: “b) se trate de una extracción con fines ilustrativos de enseñanza o de investigación científica, siempre que indique la fuente y en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga.”

La legislación española guarda coherencia con lo establecido en Berna en sus principios como lo es el considerar el acto de la creación como el hecho generador de derechos sobre una obra inmaterial¹⁴⁴. En este país, los derechos que se generan son de carácter a) patrimonial, siendo estos derechos tratados en esta legislación como derechos de explotación¹⁴⁵, dentro de los que se encuentran el de reproducción, distribución, comunicación pública, y transformación y b) personal, entendiéndose por éstos últimos¹⁴⁶ como los morales, que son los que se desprenden de la persona humana. Entre ellos encontramos el derecho a decidir si va a ser divulgada la obra o no; el determinar si se divulga bajo un seudónimo, a nombre propio, o anónimo; el de integridad de la obra; el derecho de modificación siempre y cuando respete los derechos de terceros; el retirar su obra del comercio y el tener acceso a la obra única o rara que se encuentre en poder de otra persona¹⁴⁷, tal y como se hizo mención al exponer lo pertinente en el Convenio de Berna y en la Declaración Universal de Derechos Humanos. En cuanto a los beneficiarios de los derechos, el autor, en principio, es quien detenta los derechos, sin menoscabo de que sean personas jurídicas las que ejerzan el

¹⁴⁴ Real Decreto Legislativo 1/1996. España. artículo 1: “*Hecho generador: La propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación.*”

¹⁴⁵ *Ibíd.*, Sección II. Derechos de Explotación.

¹⁴⁶ *Ibíd.*, artículo 2, Contenido: “*La propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley.*”

¹⁴⁷ *Ibíd.*, SECCIÓN I. DERECHO MORAL, artículo 14, Contenido y características del derecho moral: *Corresponden al autor los siguientes derechos irrenunciables e inalienables: 1. Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma; 2. Determinar si tal divulgación ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo o signo, o anónimamente; 3. Exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra; 4. Exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación; 5. Modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural; 6. Retirar la obra del comercio, por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación. Si, posteriormente, el autor decide reemprender la explotación de su obra deberá ofrecer preferentemente los correspondientes derechos al anterior titular de los mismos y en condiciones razonablemente similares a las originarias; 7. Acceder al ejemplar único o raro de la obra, cuando se halle en poder de otro, a fin de ejercitar el derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Este derecho no permitirá exigir el desplazamiento de la obra y el acceso a la misma se llevará a efecto en el lugar y forma que ocasionen menos incomodidades al poseedor, al que se indemnizará, en su caso, por los daños y perjuicios que se le irroguen.*

derecho patrimonial. Esto es posible dadas las formas de transmisión de derechos establecidos por dicha legislación:

-Mortis causa art. 42)

-Transmisión inter vivos art. 43)

-Cesión hecha por menores de vida independiente que cuenten con la autorización de la persona o institución que los tenga a su cargo art. 44)

-Remuneración proporcional y a tanto alzado¹⁴⁸ art. 46)

-Cesión en exclusiva art. 48)

-Transmisión del derecho del cesionario en exclusiva art. 49)

-Cesión no exclusiva art. 50)

-Transmisión de los derechos del autor asalariado¹⁴⁹ art. 51)

-Transmisión de derechos para publicaciones periódicas¹⁵⁰ art. 52)

¹⁴⁸ Ibíd., art. 46: La expresión “a tanto alzado” hace referencia cuando la modalidad de la explotación dificulte la determinación de los ingresos obtenidos, cuando la obra sea de carácter accesorio tanto en su utilización como en la conformación del elemento central al que se integra. En el caso de los diccionarios, antologías, enciclopedias, prólogos, anotaciones, introducciones y prestaciones, obras científicas, trabajos de ilustración de una obra, traducciones y ediciones populares a precios reducidos, siendo estas la primera o única edición no divulgada previamente.

¹⁴⁹ Ibíd., art. 51. Esta forma de transmisión de los derechos es la que se encuentra usualmente en el caso de los centros de educación, dado que los docentes se encuentran en una relación laboral bajo la cual normalmente se ceden los derechos de las producciones realizadas durante y por su actividad. El artículo lo expresa de la siguiente manera: “**1.** La transmisión al empresario de los derechos de explotación de la obra creada en virtud de una relación laboral se regirá por lo pactado en el contrato, debiendo éste realizarse por escrito. **2.** A falta de pacto escrito, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral. **3.** En ningún caso podrá el empresario utilizar la obra o disponer de ella para un sentido o fines diferentes de los que se derivan de lo establecido en los dos apartados anteriores. ...)”

¹⁵⁰ Ibíd., art. 52. Mediante esta modalidad, los autores mantienen la titularidad de sus derechos salvo estipulación en contrario. Es decir, el sólo hecho de permitir la publicación no transfiere otros o más derechos sobre la obra.

La incidencia de las tecnologías digitales se hace notar en la redacción de los derechos de explotación, por lo que es pertinente mostrar en los artículos que se relacionan con la temática desarrollada en el presente estudio, cómo la legislación española ha adaptado la normatividad de acuerdo a las exigencias de los cambios de esta era digital. Por derecho de reproducción entiende

“la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias”¹⁵¹

Esta definición dada por España, amplía el concepto de reproducción tradicional dado que al tener en cuenta las reproducciones indirectas o provisionales atiende a los nuevos procesos tecnológicos que se dan como producto de la transmisión de información en lenguaje binario.

El Capítulo II, Título III del Libro Primero, aborda los límites a los derechos de explotación. Es este capítulo precisamente el que aclara lo relacionado a las reproducciones provisionales en su artículo 31, al señalar que éstas no requieren permiso previo de los titulares de derechos¹⁵² señalando de manera complementaria el artículo 18¹⁵³ del mismo instrumento como la actividad a la que va encaminada la reproducción provisional, condicionando la provisionalidad de dicha reproducción a que su finalidad sea el de facilitar la transmisión entre

¹⁵¹ *Ibíd.*, artículo 18. Derecho de reproducción.

¹⁵² Es menester aclarar que el artículo menciona al autor como el sujeto al que no es necesario pedir autorización previa, pero no se debe olvidar que es mejor hablar de titulares de derechos dado que no siempre es el autor en quien se mantienen estos. Vale la pena revisarlo, **Artículo 31. Reproducciones provisionales y copia privada. * Redacción según Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.** “1. No requerirán autorización del autor los actos de reproducción provisional a los que se refiere el artículo 18 que, además de carecer por sí mismos de una significación económica independiente, sean transitorios o accesorios y formen parte integrante y esencial de un proceso tecnológico y cuya única finalidad consista en facilitar bien una transmisión en red entre terceras partes por un intermediario, bien una utilización lícita, entendiéndose por tal la autorizada por el autor o por la Ley.”

¹⁵³ Recordemos que el artículo 18 de la Ley de Propiedad Intelectual de España, trata el derecho de reproducción, el cual fue objeto de estudio de manera previa.

terceras partes a través de un intermediario siempre y cuando la utilización que hagan los terceros se encuentre dentro de los límites de la legalidad.

Seguido a esto, el segundo párrafo¹⁵⁴ del mismo artículo aborda el fenómeno de la copia privada como límite a los derechos de explotación:

“2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador.”

Este párrafo nos lleva a otro punto interesante, y es el de la “Compensación Equitativa por Copia Privada”, establecida en el artículo 25 del mismo instrumento, señalando que esta limitación no actúa en perjuicio de la compensación que trata el artículo en mención. La razón por la que existe este derecho está dada por las reproducciones que se dan en el ámbito doméstico o privado y cuya remuneración a los titulares de derechos es dejada de percibir. La naturaleza de la figura jurídica está dada para que las reproducciones que se hagan mediante instrumentos técnicos de los diferentes tipos de obras, no persigan un lucro ni sea de manera colectiva. La forma en que opera esta “compensación” está dada por las características de los equipos, aparatos y soportes materiales fabricados, importados, distribuidos comercialmente y/o adquiridos en España. Son quienes llevan a cabo este tipo de actividades comerciales, la normativa española los

¹⁵⁴ *Ibíd.*, artículo 31: “2. No necesita autorización del autor la reproducción, en cualquier soporte, de obras ya divulgadas cuando se lleve a cabo por una persona física para su uso privado a partir de obras a las que haya accedido legalmente y la copia obtenida no sea objeto de una utilización colectiva ni lucrativa, sin perjuicio de la compensación equitativa prevista en el artículo 25, que deberá tener en cuenta si se aplican a tales obras las medidas a las que se refiere el artículo 161. Quedan excluidas de lo dispuesto en este apartado las bases de datos electrónicas y, en aplicación del artículo 99.a, los programas de ordenador.”

denomina “deudores”, quienes están llamados a realizar el pago de las tarifas establecidas legalmente de manera solidaria, siendo la entidad de gestión colectiva correspondiente la responsable de la recaudación de la misma, quienes a su vez están obligadas a rendir cuentas dos veces al año al Ministerio de Cultura de España.

Para la norma, la obligación de pago por compensación nace en los casos contenidos en el numeral 12 del artículo 25:

“a. Para los fabricantes en tanto actúen como distribuidores y para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales fuera del territorio español con destino a su distribución comercial en éste, en el momento en que se produzca por parte del deudor la transmisión de la propiedad o, en su caso, la cesión del uso o disfrute de cualquiera de aquéllos.

b. Para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales fuera del territorio español con destino a su utilización dentro de dicho territorio, desde el momento de su adquisición.”

A pesar de contemplarse este derecho de carácter irrenunciable para la legislación autoral española, también se han consagrado de manera taxativa excepciones a la misma en el numeral 7 del mismo artículo:

“a. Los equipos, aparatos y soportes materiales adquiridos por quienes cuenten con la preceptiva autorización para llevar a efecto la correspondiente reproducción de obras, prestaciones artísticas, fonogramas o videogramas, según proceda, en el ejercicio de su actividad, lo que deberán acreditar a los deudores y, en su caso, a sus responsables solidarios, mediante una certificación de la entidad o de las entidades de gestión correspondientes, en el supuesto de adquirir los equipos, aparatos o materiales dentro del territorio español.

b. Los discos duros de ordenador en los términos que se definan en la orden ministerial conjunta que se contempla en el anterior apartado 6 sin que en ningún

caso pueda extenderse esta exclusión a otros dispositivos de almacenamiento o reproducción.

c. Las personas naturales que adquieran fuera del territorio español los referidos equipos, aparatos y soportes materiales en régimen de viajeros y en una cantidad tal que permita presumir razonablemente que los destinarán al uso privado en dicho territorio.

d. Asimismo, el Gobierno, mediante real decreto, podrá establecer excepciones al pago de esta compensación equitativa y única cuando quede suficientemente acreditado que el destino o uso final de los equipos, aparatos o soportes materiales no sea la reproducción prevista en el artículo 31.2.”

En el artículo 32 se consagra como límite a los derechos de explotación la cita e ilustración con fines de enseñanza. Es precisamente este artículo el que tiene una directa relación con el tema de estudio y que a continuación se abordará. Dada su importancia se transcribirá el artículo:

“Artículo 32. Cita e ilustración de la enseñanza.

**** Redacción según Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril.***

1. Es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual, así como la de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada.

Las recopilaciones periódicas efectuadas en forma de reseñas o revista de prensa tendrán la consideración de citas. No obstante, cuando se realicen recopilaciones

de artículos periodísticos que consistan básicamente en su mera reproducción y dicha actividad se realice con fines comerciales, el autor que no se haya opuesto expresamente tendrá derecho a percibir una remuneración equitativa. En caso de oposición expresa del autor, dicha actividad no se entenderá amparada por este límite.

2. *No necesitará autorización del autor el profesorado de la educación reglada para realizar actos de reproducción, distribución y comunicación pública de pequeños fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo, excluidos los libros de texto y los manuales universitarios, cuando tales actos se hagan únicamente para la ilustración de sus actividades educativas en las aulas, en la medida justificada por la finalidad no comercial perseguida, siempre que se trate de obras ya divulgadas y, salvo en los casos en que resulte imposible, se incluyan el nombre del autor y la fuente. No se entenderán comprendidas en el párrafo anterior la reproducción, distribución y comunicación pública de compilaciones o agrupaciones de fragmentos de obras o de obras aisladas de carácter plástico o fotográfico figurativo.”*

Al centrarnos en la segunda parte del artículo podemos observar que se hace alusión a la reproducción en términos genéricos para abarcar todos los posibles tipos de reproducción existentes y que pueden llegar a existir. Llama la atención que la limitación al derecho de explotación con fines educativos no se circunscribe a la reproducción, sino que se hace extensiva a actividades como la distribución y la comunicación pública de las obras protegidas por la legislación autoral de dicho país. No obstante se excluyen de manera expresa libros de texto¹⁵⁵ y manuales

¹⁵⁵ CENTRO VIRTUAL CERVANTES. Diccionario. [en línea]. [consultado el 19 de septiembre de 2011]. Disponible en http://cvc.cervantes.es/ensenanza/biblioteca_ele/diccio_ele/diccionario/librotexto.htm. Este término hace referencia a “una de las posibles formas que pueden adoptar los materiales curriculares para facilitar el proceso de enseñanza-aprendizaje. Se trata de un documento impreso concebido para que el docente desarrolle su programa: habitualmente, diseña y organiza de manera precisa la práctica didáctica, esto es, la selección, la secuencia y organización temporal de los contenidos, la elección de los textos de apoyo, el diseño de las actividades y de los ejercicios de evaluación.”

Al revisar la Ley Orgánica 2 /2006 de Educación en España, el artículo 157. Disposición adicional cuarta, hace referencia a que en correspondencia con la autonomía pedagógica, los libros de texto y su adopción deben “reflejar y fomentar el respeto a los principios, valores, libertades, derechos y deberes constitucionales...” Tengamos en cuenta que dentro de los derechos y deberes

universitarios. Las condiciones bajo las cuales opera la figura de la limitación están dadas por:

- Que su finalidad sea la ilustración en actividades educativas llevadas a cabo en las aulas.

- Que sea en la medida justificada para ilustrar lo que se pretende por el docente, es decir, mediante la utilización de fragmentos de obras.

- Dada la naturaleza de la actividad educativa no se debe perseguir con esto un fin comercial.

- Que sean obras dadas a conocer o divulgadas.

- Señalando el autor y la fuente, reforzando así el derecho de cita que figura en el párrafo previo.

Es interesante ver que la redacción de la norma en la Ley de Propiedad Intelectual de España es complementaria de varias actividades que se pueden ver conjugadas por el entorno digital como lo es la reproducción, la comunicación pública y la distribución. Efectivamente, al llevarse a cabo una sesión de estudio de manera virtual se pueden dar estas formas de explotación dado que las obras pueden distribuirse o hacerse llegar a cualquier lugar del mundo en formato digital, también se puede llevar a cabo una comunicación de las mismas intermediando una reproducción provisional de las obras en los dispositivos tecnológicos de los usuarios, pero como ya se ha visto, este tipo de reproducción está dentro de las excepciones dado que forma parte integral del proceso comunicacional propio de la tecnología digital.

Acompañado a esto y sin olvidar que las instituciones educativas que ofrecen la enseñanza virtual se valen de los Sistemas de Gestión del Aprendizaje o LMS, que su vez trabajan con bancos de datos, el artículo 34 les impone a los titulares

constitucionales en España está el de la educación y el de la protección a la actividad creativa de las personas, sin entrar estos dos en riña sino tratando de mantenerse una armonía a través de las normatividades de ambos grupos.

de los derechos de explotación, quienes en la normativa figuran de nuevo los “autores” en su redacción, de estas bases una limitación que se establece a favor de los usuarios legítimos en la cual estos últimos están facultados para llevar a cabo las acciones necesarias para acceder y utilizar de manera normal a las bases de datos, pero se aclara que esta disposición es aplicable a los usuarios legítimos en la medida en que su legítimo acceso esté permitido a una parte de dicho banco de datos. Finalmente reafirma y adiciona lo expuesto en el artículo 31 cuando afirma en su literal b) que no se necesitará autorización del “autor” de una base de datos que haya sido dada a conocer o divulgada:

“Cuando la utilización se realice con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente.”

Dado que la visión general de quienes detentan los derechos de explotación es que en el entorno digital se pierde el control de las obras, han acudido a las medidas técnicas de protección, las cuales pueden convertirse en un serio obstáculo que permita el disfrute de los derechos de las personas para acceder a las obras según los casos y las condiciones consagradas en la ley. Por esto, las medidas técnicas de protección han sido objeto de regulación en el Título V, respaldando en primera instancia a quienes las utilizan para limitar el acceso o evitar su reproducción a través del artículo 160 que advierte que quien las eluda puede ser sujeto de sanciones legales iniciadas por los titulares de derechos. La condición propuesta por la norma es que esas medidas técnicas sean “eficaces”¹⁵⁶, extendiéndose a quienes realicen actividades tales como: fabricación, importación, distribución, venta lleven a cabo publicidad con el fin de vender o alquilar dispositivos, productos o componentes que cumplan la función de elusión. Adicionalmente se sanciona a quienes presten servicios frente a las medidas técnicas eficaces y que esto:

¹⁵⁶ Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual de España, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Recordemos que la Ley española entiende por medida tecnológica eficaz lo contenido en el mismo artículo, aparte 3 que establece lo siguiente: “Las medidas tecnológicas se consideran eficaces cuando el uso de la obra o de la prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos mediante la aplicación de un control de acceso o un procedimiento de protección como por ejemplo, codificación, aleatorización u otra transformación de la obra o prestación o un mecanismo de control de copiado que logre este objetivo de protección.”

“a. Sea objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, o

b. Sólo tenga una finalidad o uso comercial limitado al margen de la elusión de la protección, o

c. Esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección.”

No obstante, a pesar de la guarda que se establece a las medidas técnicas de protección y actividades afines, el artículo 161 establece un marco conocido como “límites a la propiedad intelectual y medidas tecnológicas”, el cual ordena a los titulares de derechos que tengan sus obras protegidas con medidas técnicas el facilitar a los beneficiarios de los límites que se consagran el uso de las obras, siempre y cuando éstos tengan un acceso legítimo entiéndase legal. Entre los siete diferentes límites que consagran, se encuentran relacionados con la educación:

“c. Límite relativo a la ilustración de la enseñanza en los términos previstos en el artículo 32.2.

d. Límite relativo a la ilustración de la enseñanza o de investigación científica o para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial, todo ello en relación con las bases de datos y en los términos previstos en el artículo 34.2.b y c.”

Si bien se busca la protección de los intereses legítimos de los derechohabientes, no se puede pretender lograr esto con el menoscabo de los derechos de las personas que buscan educarse. Es precisamente esto lo que viene a reafirmar el artículo 161 que le impone unos límites claros a los titulares de derechos y a las diferentes protecciones que se pueden llegar a incorporar a las obras en formato digital, buscando así un “equilibrio” entre derechos.

Expuesto lo anterior, se ha dado una visión general de la normatividad del derecho de autor y la educación virtual, pasando ahora a lo correspondiente al papel que desempeña frente al fenómeno de la reproducción con fines educativos en el entorno virtual la principal entidad de gestión colectiva de España como lo es CEDRO.

4.1.4 Centro Español de Derechos Reprográficos¹⁵⁷ (CEDRO). El Título IV de la Ley de Propiedad Intelectual de España establece el marco bajo el cual las entidades de gestión colectiva nacen y desempeñan sus funciones. La autorización para su creación debe provenir del Ministerio de Cultura. En el territorio español, estas entidades no pueden tener ánimo de lucro¹⁵⁸.

En el contrato de gestión que realizan con los autores o derechohabientes, las entidades se encuentran obligadas a través de sus estatutos, a tener una gestión sin influencias transparente para evitar una injusta utilización preferencial de las obras. La duración del contrato es de máximo cinco (5) años con la posibilidad de renovarse de manera indefinida. Les está prohibido a las entidades de gestión colectiva el exigir o imponer a quienes contratan sus servicios la gestión de la totalidad de la obra o de las producciones futuras, de todas las formas de explotación o producción y a renovar de manera indefinida sus contratos¹⁵⁹. Las

¹⁵⁷ Se tomó a esta entidad como ejemplo en el presente trabajo de investigación debido al protagonismo que ha tenido en incidentes de talla internacional como lo es el caso Google de digitalización de obras bibliográficas sin la autorización de los autores o de la entidad de gestión colectiva, además de ser la entidad emblema en el territorio español.

¹⁵⁸ REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/1996, DE 12 DE ABRIL. España. artículo 147. Requisitos. *“Las entidades legalmente constituidas que pretendan dedicarse, en nombre propio o ajeno, a la gestión de derechos de explotación u otros de carácter patrimonial, por cuenta y en interés de varios autores u otros titulares de derechos de propiedad intelectual, deberán obtener la oportuna autorización del Ministerio de Cultura, que habrá de publicarse en el Boletín Oficial del Estado.*

Estas entidades no podrán tener ánimo de lucro y, en virtud de la autorización, podrán ejercer los derechos de propiedad intelectual confiados a su gestión y tendrán los derechos y obligaciones que en este Título se establecen.”

¹⁵⁹ *Ibíd.*, artículo 153. Contrato de gestión. “1. La gestión de los derechos será encomendada por sus titulares a la entidad mediante contrato cuya duración no podrá ser superior a cinco años, indefinidamente renovables, ni podrá imponer como obligatoria la gestión de todas las modalidades de explotación ni la de la totalidad de la obra o producción futura. 2. Las entidades deberán

actividades a desarrollar están dadas por sus estatutos, previa autorización por parte del Ministerio de Cultura para su legitimación¹⁶⁰. Dentro de las obligaciones que establece la ley en España para las entidades de gestión colectiva se encuentran:

“a. A contratar con quien lo solicite, salvo motivo justificado, la concesión de autorizaciones no exclusivas de los derechos gestionados, en condiciones razonables y bajo remuneración.

b. A establecer tarifas generales que determinen la remuneración exigida por la utilización de su repertorio, que deberán prever reducciones para las entidades culturales que carezcan de finalidad lucrativa.

c. A celebrar contratos generales con asociaciones de usuarios de su repertorio, siempre que aquéllas lo soliciten y sean representativas del sector correspondiente.”

En el caso que no exista acuerdo entre la entidad de gestión colectiva y quien solicita la autorización para el uso de la obra, se establece que se entiende concedido el permiso si consigna judicialmente la tasa exigida por la entidad de gestión de acuerdo a las tarifas generales establecidas, aunque lo dispuesto de manera previa *“no se aplicará a la gestión de derechos de las obras literarias, dramáticas , dramático musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular.”*¹⁶¹

establecer en sus estatutos las adecuadas disposiciones para asegurar una gestión libre de influencias de los usuarios de su repertorio y para evitar una injusta utilización preferencial de sus obras.”

¹⁶⁰ *Ibíd.*, artículo 150. Legitimación. * Redacción según Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. *“Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercen los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales....)”*

¹⁶¹ *Ibíd.*, artículo 157. Otras Obligaciones: *“(...) 2. En tanto las partes no lleguen a un acuerdo, la autorización correspondiente se entenderá concedida si el solicitante hace efectiva bajo reserva o*

Adicionalmente éstas tienen una función social¹⁶² que deben promover ya sea de manera directa o indirecta a través de:

- Servicios asistenciales en pro de sus socios.
- Promover actividades de formación y promoción de autores, artistas intérpretes o ejecutantes.

La anterior relación de servicios está condicionada a que tenga una dedicación por partes iguales, manteniendo la observancia de lo establecido para las remuneraciones compensatorias que se consagra en el artículo 25 de la ley de propiedad intelectual española.

Es éste el marco dentro del cual se desenvuelve el Centro Español de Derechos Reprográficos en adelante (CEDRO), el cual es una entidad de gestión colectiva de naturaleza privada reconocida por el Ministerio de Cultura de España en 1988 que defiende los derechos patrimoniales de *“los autores y editores de publicaciones protegidas por la Ley, tales como libros, revistas y otras publicaciones, editadas en cualquier medio y soporte.”*¹⁶³ La razón por la cual se

consigna judicialmente la cantidad exigida por la entidad de gestión de acuerdo con las tarifas generales. 3. Lo dispuesto en los apartados anteriores no será de aplicación a la gestión de derechos relativos a las obras literarias, dramáticas, dramático-musicales, coreográficas o de pantomima, ni respecto de la utilización singular de una o varias obras de cualquier clase que requiera la autorización individualizada de su titular.”

¹⁶² *Ibíd.*, artículo 155. Función social. “1. Las entidades de gestión deberán, directamente o por medio de otras entidades, promover actividades o servicios de carácter asistencial en beneficio de sus socios, así como atender actividades de formación y promoción de autores y artistas intérpretes o ejecutantes. 2. Las entidades de gestión deberán dedicar a las actividades y servicios a que se refiere el apartado anterior, por partes iguales, el porcentaje de la remuneración compensatoria prevista en el artículo 25 de esta Ley, que reglamentariamente se determine.”

¹⁶³ CENTRO ESPAÑOL DE DERECHOS REPROGRÁFICOS. Misión. [en línea]. [consultado el 15 de junio de 2009]. Disponible en <http://www.cedro.org/mision.asp>. Cabe aclarar que dentro las obras protegidas se encuentran también las partituras musicales. Esta entidad de gestión colectiva no se encarga de gestionar derechos de artistas intérpretes o ejecutantes ni de productores de fonogramas, únicamente se encarga de gestionar los derechos de autores y editores de obras literarias.

aborda esta entidad de gestión colectiva estriba en que es la más representativa del territorio español, además de haber desempeñado un papel crucial en la situación presentada con Google al presentarse como guarda de los derechos de los titulares, los cuales se habían infringido¹⁶⁴, además de ser la entidad con la cual tiene una estrecha relación el Centro Colombiano de Derechos Reprográficos.

Dentro de las diferentes funciones que desempeña CEDRO se encuentra el de autorizar los usos de las obras a través de licencias, las cuales además de permitir el uso de manera legítima, impone una serie de límites y condiciones al usuario a cambio de una remuneración económica. Esta remuneración está determinada por unas tarifas anuales que son presentadas al Ministerio de Cultura. El otorgamiento de licencias está dirigida a copisterías o centros de fotocopiado, universidades, centros de enseñanza, centros de enseñanza musical, bibliotecas, empresas, centros de documentación, organismos de la administración pública y otras instituciones.

Se resalta en el caso español el acuerdo al que llegó CEDRO con la empresa Google de Estados Unidos. Éste último estaba llevando a cabo la digitalización, a través de escaneo, de libros ubicados en los fondos de bibliotecas universitarias estadounidenses sin autorización previa y expresa de los titulares de derechos. Se aclara que en virtud del Convenio de Berna existe un deber de reciprocidad en lo que se refiere la protección de las obras sujetas al derecho de autor, por lo que autores y/o editoriales, demandaron a este gigante de internet. El Acuerdo consistió en el reconocimiento de una indemnización a los miembros de esta entidad de gestión colectiva, sin importar la nacionalidad del miembro, que habían sido afectados por las acciones de Google. Para beneficiarse de este Acuerdo, los miembros de CEDRO debían manifestar su deseo de hacer parte de esto a través de un formulario, en el que aceptaban que fuera la entidad la encargada de representarlos en esta causa, encontrándose esto dentro de los parámetros o tareas que puede llevar a cabo. Previo a esto, Google publicaba un listado con el título de las obras que había escaneado, lo cual hizo el 5 de mayo de 2009. El plazo acordado para reclamar la indemnización vencía en el mes de junio de 2010,

¹⁶⁴ Este caso se ampliará posteriormente.

fecha límite en la que se iniciarían los cálculos para los correspondientes pagos¹⁶⁵. Este es un claro ejemplo de una práctica no autorizada por el titular de los derechos, que podría verse altamente ejecutada en centros de educación por las facilidades que representa el reproducir, poner en circulación y hacer llegar a cada vez más personas el material que semestre tras semestre se estaría distribuyendo a los estudiantes matriculados.

Ahora se pasará a hacer un acercamiento de la normatividad de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED) en España, centro que es uno de los más emblemáticos y antiguos en lo que se refiere al objeto del presente estudio.

4.1.5 Universidad Nacional de Educación a Distancia – UNED. La UNED se creó gracias al Decreto 2310 de 1972 con el ánimo de brindar “igualdad de oportunidades” para acceder a la educación superior. En sus inicios, esta Universidad se servía de medios tales como la radio, televisión, cintas magnetofónicas y videomagnéticas y/o cualquier otro medio análogo. A pesar de estos medios, la normativa que le dio origen le impone a este centro educativo el dirigir a sus estudiantes a través del correo y de reuniones periódicas¹⁶⁶. Los ejes normativos por los cuales se rige esta institución son la Ley General de Educación de España, el Decreto que la creó y sus propios estatutos¹⁶⁷. Llama la atención, que en sus disposiciones, este Decreto contempla que el acceso educativo que se brinda está dirigido a personas con domicilio dentro y/o fuera de España, pero condicionándolo a que sean personas nacionales¹⁶⁸.

En sus inicios, las facultades que operaban eran la de Filosofía y Letras, Ciencias, Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales¹⁶⁹. Hoy día cuenta con

¹⁶⁵ CENTRO ESPAÑOL DE DERECHOS REPROGRÁFICOS. Preguntas frecuentes sobre el Acuerdo Google. [en línea]. [consultado el 15 de junio de 2009]. Disponible en <http://www.cedro.org/>

¹⁶⁶ Decreto 2310 de 18 de agosto 1972. España. artículo 1-2.

¹⁶⁷ *Ibíd.*, art. Primero-Cuatro.

¹⁶⁸ *Ibíd.*, art. Tercero-Uno.

¹⁶⁹ *Ibíd.*, art. Cuarto-Uno.

facultades y escuelas tales como: Escuela Superior de Ingeniería Informática, Escuela Superior de Ingenieros Industriales, Facultad de Ciencias, Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales, Facultad de Ciencias Políticas y Sociología, Facultad de Derecho, Facultad de Educación, Facultad de Filología, Facultad de Filosofía, Facultad de Geografía e Historia y Facultad de Psicología¹⁷⁰. Hoy día, en cada convocatoria que se lleva a cabo para nuevos estudiantes, cuenta con alrededor de ciento ochenta mil (180.000) personas que responden a ella. La planta docente es de cerca de mil cuatrocientos (1.400) profesores y más de seis mil novecientos (6.900) tutores. Para complementar su esquema, la UNED cuenta con Centros de Apoyo en el extranjero en once (11) países¹⁷¹.

La Ley Orgánica 6 del 21 de diciembre de 2001 que regula lo referente a las Universidades en España, en el Título XIII que trata del “Espacio Europeo de Enseñanza Superior” en su disposición adicional segunda que hace mención de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, determina que dadas sus características especiales el Gobierno le dicta una normatividad especial sin que ésta vaya en detrimento a lo consagrado en la presente ley, haciendo mención expresa de la educación virtual, a la cual se le señala que se le harán disposiciones especiales dada su naturaleza¹⁷².

¹⁷⁰ UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA. [en línea]. [consultado el 4 de marzo de 2010]. Disponible en <http://portal.uned.es>

¹⁷¹ UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA. [en línea]. [consultado el 4 de marzo de 2010]. Disponible en http://portal.uned.es/portal/page?_pageid=93,510355,93_20540449&_dad=portal&_schema=PORTAL

¹⁷² LEY ORGÁNICA DE ESPAÑA. 6 de 2001: “*Disposición adicional segunda. De la Universidad Nacional de Educación a Distancia; 1. La Universidad Nacional de Educación a Distancia impartirá enseñanza universitaria a distancia en todo el territorio nacional; 2. En atención a sus especiales características, el Gobierno establecerá, sin perjuicio de los principios recogidos en esta Ley, una regulación específica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, que tendrá en cuenta, en todo caso, el régimen de sus centros asociados y de convenios con las Comunidades Autónomas y otras entidades públicas y privadas, las específicas obligaciones docentes de su profesorado, así como el régimen de los tutores. 3. Dicha regulación, de acuerdo con las previsiones del artículo 7, contemplará la creación de un Centro Superior para la Enseñanza Virtual específicamente dedicado a esta modalidad de enseñanza en los distintos ciclos de los estudios universitarios. Dada la modalidad especial de la enseñanza y la orientación finalista de este centro, tanto su organización, régimen de su personal y procedimientos de gestión, así como su*

Mediante el Real Decreto 426 del 15 de abril de 2005 se aprueban los estatutos de la UNED. En armonía con la normatividad que la creó, la UNED en sus principios y objetivos determina que sus actividades serán ejercidas no sólo en el territorio español sino en el extranjero también¹⁷³, desarrollando así el servicio público de la educación. Dentro de sus funciones específicas, el artículo 4 consagra además:

“a) Facilitar el acceso a la enseñanza universitaria y la continuidad de sus estudios a todas las personas capacitadas para seguir estudios superiores que elijan el sistema educativo de la UNED por su metodología o bien por razones laborales, económicas, de residencia o cualquier otra.

b) La preparación para el ejercicio de actividades profesionales que exijan la aplicación de conocimientos y métodos científicos y para la creación artística.

c) Establecer y desarrollar programas de educación permanente, promoción cultural, perfeccionamiento y actualización profesional.

d) Incorporar, desarrollar y facilitar el uso de los métodos y sistemas tecnológicos que en cada momento mejor se adecuen al modelo educativo de la UNED.

e) Desarrollar la investigación en todas las ramas de la ciencia, la técnica y la cultura.

f) Fomentar la formación y la promoción de todo su personal docente, investigador y de administración y servicios.

g) Facilitar la creación de una comunidad universitaria amplia y plural, fundada en unos conocimientos científicos y culturales que sirvan de unión y fomenten el progreso y solidaridad de los pueblos de España.

financiación, serán objeto de previsiones particulares respecto del régimen general de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.”

¹⁷³ UNED. Estatutos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. 2005. artículo 2.1.

h) Desarrollar sus actividades docentes, de investigación y gestión en régimen de coordinación.”

Como podemos ver, la UNED busca facilitar el acceso a este derecho a la educación en su nivel universitario, sirviéndose de metodologías que sirvan también para la creación artística, que es en últimas una actividad creativa propia de la propiedad inmaterial o intelectual. Se puede apreciar además, que la inclusión de todos los actores o integrantes del proceso educacional es clave dentro de la modalidad que se estudia. Estos estatutos se ponen a tono con la era digital, ya que se sirve y se adecúa a los sistemas tecnológicos que se encuentren vigentes, siendo así este documento uno de los que se encuentra más acorde con la evolución de la tecnología digital.

En el Título II Capítulo I, que trata de “La Enseñanza y el Estudio”, sección 1ª, artículo 7, señala que: *“La enseñanza tiene como objetivo la transmisión del conocimiento científico, técnico y artístico y está orientada al pleno desarrollo de la persona en el marco de los principios y valores de una sociedad plural y democrática.”* Esta disposición general de los estatutos de la UNED es claramente identificable con los fines perseguidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, el cual busca materializarse utilizando los diferentes medios que se tengan al alcance según lo permitan los avances tecnológicos. Expresión de ello es el artículo 8, en el que se hace mención de la modalidad educativa de esta institución, que es a distancia, sirviéndose para ello de *“medios impresos, audiovisuales y de las nuevas tecnologías, así como la asistencia presencial a los alumnos a través de los profesores tutores de los centros asociados y de los diversos sistemas de comunicación entre los profesores y los alumnos.”*

En lo que se refiere a derechos de autor, encontramos en primera instancia la contratación de los investigadores de la UNED, responsabilidad que recae en la Comisión de Investigación y Doctorado, que a través del artículo 29, literal e), le atribuye la tarea de *“evaluar e informar los contratos de realización de trabajos de investigación que se vayan a firmar”* bajo sus estatutos. En artículo 32 trata específicamente que: *“1. Los contratos establecerán las obligaciones y derechos de cada una de las partes contratantes y el tratamiento aplicable a los resultados que se obtengan, con inclusión de las cláusulas referentes a la titularidad de los*

derechos de propiedad intelectual o industrial, así como la participación futura de los beneficios que se obtengan.”

“2. El Consejo de Gobierno establecerá el régimen de participación del personal docente e investigador en los beneficios derivados de la explotación comercial de los resultados de los trabajos científicos, técnicos o artísticos que se realicen.”

Estos contratos que celebra la UNED con los investigadores deben cumplir con un procedimiento establecido desde los estatutos de la institución. Es así como estos contratos deben ser firmados por el rector del centro educacional cuando a través de ellos se contraigan obligaciones. En caso de no contraer obligaciones, estos contratos pueden ser firmados por los decanos, directores de departamentos e institutos universitarios de investigación y hasta por los profesores e investigadores previa autorización del rector. No obstante, el Consejo de Gobierno establece un plazo máximo para celebrar el contrato, dejando a un lado la dilatación sin razón alguna para la concreción del mismo. No obstante, se hace claridad en que los contratos de los profesores que se encuentren dirigidos a la publicación de trabajos que resulten de actividades tales como producción y creación literaria, artística, científica, técnica o investigativa, no estarán sometidos a las pautas anteriormente descritas¹⁷⁴.

Es preciso aclarar que dentro equipo humano que forma a la UNED, existen diferencias conceptuales y laborales en lo que se entiende por “docente” y “tutor”. Por el primero se entiende que *“es el responsable de producir el contenido teórico-*

¹⁷⁴ *Ibíd.*, artículo 33: “1. Los contratos serán firmados por el rector cuando de ellos se deriven obligaciones para la universidad en general o para varios de sus órganos o centros. En los demás casos, podrán ser firmados, previa autorización del rector, por los decanos, los directores de los departamentos e institutos universitarios de investigación o por los profesores e investigadores en su propio nombre.

2. Todos los contratos requerirán el informe previo de la Comisión de Investigación y Doctorado, oído el departamento o instituto universitario de investigación afectado.

3. En orden a la mayor agilidad del procedimiento establecido en este artículo, el Consejo de Gobierno regulará el plazo máximo para considerar aprobada la celebración del contrato.

4. Quedan excluidos de lo anterior los contratos celebrados por profesores, individualmente o en colaboración, dirigidos a la publicación de trabajos que se deriven de actividades de investigación o de producción y creación literaria, artística, científica o técnica.”

práctico del material del curso virtual. Una vez activo el curso, el equipo docente se encarga de habilitar foros y administrarlos, de introducir todas aquellas cuestiones que estime necesarias para informar al grupo de estudiantes, así como de responder públicamente a las preguntas que considere más relevantes y sea conveniente que toda la comunidad pueda leer.”¹⁷⁵ El segundo “es el responsable de conducir, dinamizar y apoyar virtualmente al grupo de alumnos de su centro en el espacio denominado “Grupo de trabajo de Centro”. Todos los alumnos tendrán acceso al foro de su centro asociado. En el caso de que el centro no dispusiera de tutores para una asignatura, el equipo docente será el responsable de tutorizar a los estudiantes de dicho centro.”¹⁷⁶

El REAL DECRETO 50/2004, del 19 de enero, normativa que determina el régimen de contratación del profesorado de la UNED establece en su artículo 2, numeral 2 el marco normativo bajo el cual se rigen los contratos de los profesores:

“La contratación del personal docente e investigador a que se refiere este artículo tiene naturaleza laboral y se regirá por lo establecido en la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, por este real decreto, por las demás normas de desarrollo de dicha ley, así como por la legislación laboral y por los estatutos de la UNED.”

El artículo 147 literal e) de los Estatutos de la UNED que establece el derecho que tiene cada estudiante a recibir el material didáctico antes de iniciar las clases, estando éste editado y distribuido¹⁷⁷, no puede leerse independiente al artículo 178 que consagra dentro de los derechos y deberes de la docencia en su literal a), la libertad de cátedra, pero limitándola a lo establecido “*en la Constitución, y en las*

¹⁷⁵ Ibid., 6 p.

¹⁷⁶ Ibid.

¹⁷⁷ Ibid., artículo 147: es un derecho de los alumnos de la UNED: “(...) e) Disponer en cada disciplina del material didáctico completo y adecuado a la metodología de la enseñanza a distancia, el cual deberá estar completamente editado y distribuido antes del inicio del curso académico.”

*leyes y los derivados de la organización de la enseñanza.*¹⁷⁸ En este caso, se deben sujetar los profesores a los parámetros que se establecen desde los diferentes niveles normativos en lo que se refiere a las limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno virtual.

A grosso modo se puede afirmar, según lo que se puede deducir del artículo 183 numeral 2, que el apoyo, asistencia, asesoramiento, en lo que concierne al manejo de recursos económicos, humanos, archivo, servicios informáticos, biblioteca y demás procesos de naturaleza administrativa, entre ellos soporte a la docencia y a la investigación, recaen sobre el personal de administración y de servicios para cumplir cabalmente con los fines de la UNED¹⁷⁹.

En relación con la administración de las herramientas tecnológicas que posibilitan la modalidad de educación virtual, las cuales se detallarán posteriormente, es el Centro de Servicios Telemáticos y Nuevas Tecnologías el centro encargado de tareas como la incorporación de nuevas tecnologías que posibiliten la difusión del conocimiento, la comunicación entre los miembros de la comunidad universitaria¹⁸⁰.

El Centro de Servicios Informáticos es, según el artículo 209 de los estatutos de la UNED, *“el servicio encargado de la organización general de los sistemas*

¹⁷⁸ Ibíd., artículo 178: *“a) Ejercer la docencia con libertad de cátedra, sin más límites que los establecidos en la Constitución, y en las leyes y los derivados de la organización de las enseñanzas.”*

¹⁷⁹ Ibíd., artículo 183 - 2. El personal de administración y servicios constituye el sector de la comunidad universitaria al que corresponden, según la organización y coordinación de la gerencia, la gestión y administración, así como el apoyo, asistencia y asesoramiento a las autoridades académicas en las áreas de recursos humanos, asuntos económicos, biblioteca, archivo, servicios informáticos, producción y distribución de medios impresos y audiovisuales, servicios generales y cualesquiera otros procesos de gestión administrativa, técnica y de soporte a la docencia y a la investigación que se determine necesario para la universidad en el cumplimiento de sus fines.

¹⁸⁰ Ibíd., artículo 208. El centro de servicios telemáticos y nuevas tecnologías es el servicio que incluye a todas las unidades universitarias que tienen como fin la incorporación de las tecnologías más avanzadas para la comunicación entre los miembros de la comunidad universitaria, así como la difusión del conocimiento y el seguimiento del aprendizaje.

automatizados de información para el apoyo al estudio, la docencia, la investigación y la gestión.” Las funciones a cargo de este centro son las siguientes¹⁸¹:

- a)** La planificación y gestión de la red informática de la universidad.
- b)** La prestación de soporte informático a la gestión de la universidad.
- c)** La atención y el soporte técnico de los miembros de la comunidad universitaria como usuarios de los servicios informáticos.
- d)** La adopción de las medidas técnicas que garanticen la seguridad de los datos personales que obren en su poder.

En otras palabras, se encarga de administrar los servicios dedicados exclusivamente a la plataforma WebCT de la UNED, que es donde se concentra toda la información de los estudiantes y docentes. Es aquí donde se concentra la administración de los usos permitidos de las obras o materiales protegidos por el derecho de autor, los cuales se ponen a disposición de los diferentes miembros de la comunidad académica bajo las MTP que tengan a su disposición y que considere necesarias. Llama la atención que se ha adaptado el estatuto de la Universidad a los requerimientos que establece la ley de derechos de autor de España en lo relacionado con las medidas técnicas de protección de las bases de datos.

Para el uso de las múltiples herramientas que ofrece la plataforma WebCT de la UNED en sus cursos virtuales, ésta proporciona a sus estudiantes dos documentos que los informan y orientan en el uso de las herramientas existentes en un curso virtual. Los cursos virtuales se encuentran alojados en CiberUNED, el cual está dirigido a toda la comunidad académica ofreciendo servicios telemáticos exclusivamente a los miembros de la universidad.

¹⁸¹ *Ibíd.*, artículo 209.

En el punto 1.2. de la guía se puede observar que es requisito estar matriculado para obtener un identificador de usuario, y por ende un password o clave de acceso y así acceder al servicio educativo. Gracias a esta identificación asignada al estudiante, el administrador del servicio puede monitorear las actividades que lleve a cabo el estudiante y evitar posibles excesos en los usos que se le permite del material educativo puesto a disposición.

Este espacio en la red ofrece servicios a toda la comunidad académica, entendiéndose ésta como la conformada por docentes, personal administrativo y alumnos. Los servicios que se ponen a disposición del alumno dependen del curso o programa académico al que pertenece. Con esta información, se crea en el sistema un perfil para el estudiante y de ello dependerá a lo que éste tendrá acceso.

En el documento llamado “Plan Acogida – Guía de Apoyo, Uso y Aprovechamiento de Cursos Virtuales” , además de ampliar la información expuesta anteriormente de los cursos en la plataforma CiberUNED de una manera poco técnica y bastante amigable para los estudiantes, hace un llamado de atención a quienes ingresan en pro del respeto a los derechos de autor. Vale la pena citar el aparte¹⁸²:

“Respetar la autoría de las ideas

*Si utilizas ideas, comentarios o cualquier material que no sea tuyo, debes indicar siempre **la fuente y la procedencia**. En la red es fácil compartir información y conocimientos; por este mismo motivo, debemos ser cuidadosos con el respeto a los autores.”*

¹⁸² UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA. Plan Acogida, Guías de Apoyo, Uso y Aprovechamiento de Cursos Virtuales, 2006. 15 p.

4.2 LA EDUCACIÓN VIRTUAL Y EL DERECHO DE AUTOR EN ESTADOS UNIDOS¹⁸³

4.2.1 Constitución de Estados Unidos. La Constitución de Estados Unidos se redactó en Filadelfia en 1787 y entró en vigencia en 1789. Es considerada la Constitución más antigua en el mundo que se encuentre en vigencia. Llama la atención que además es un texto corto que expresa una serie de principios y reglas a seguir.

En lo que nos concierne, el artículo I, sección 8, contempla el derecho que tienen los autores a beneficiarse económicamente de sus producciones intelectuales. Es menester aclarar que en Estados Unidos se hace referencia al “Copyright”, por su denominación en inglés, siendo el equivalente a la regulación de derechos de autor.

Artículo I

Sección 8

El Congreso tendrá facultad:

“Para fomentar el progreso de la ciencia y de las artes útiles, garantizando por tiempo limitado a los autores e inventores el derecho exclusivo a sus respectivos escritos y descubrimientos.”

Llama la atención que la Constitución norteamericana no eleve a rango Constitucional el derecho a la educación, pero si contempla en su texto al menos un artículo relacionado con el derecho de autor, el cual se encuentra en armonía con lo que se consagra en el Convenio de Berna.

¹⁸³ NOTA: En el presente capítulo, debido a la ausencia de traducciones oficiales de las normas norteamericanas objeto de estudio, se procedió a traducir estas, por lo que la traducción es libre. Las citas de pie de página que se encuentran en inglés son una transcripción de la normativa norteamericana objeto de estudio.

4.2.2 Copyright Act. La Ley de derechos de autor de Estados Unidos o Copyright Act, data de 1790¹⁸⁴, pero para ese entonces seguía las bases del estatuto de la Reina Ana de 1709 en Inglaterra. Esta ley ha sido objeto de diversas enmiendas a lo largo de los años entre las cuales se encuentran los ajustes que otorgan un mayor término de protección para las obras, así como la adopción de medidas pertinentes que se ajusten a las nuevas exigencias. La Ley de Copyright se ocupa principalmente del derecho de copia, que en últimas es el derecho patrimonial de autorizar la reproducción de una obra por diferentes medios. Actualmente se establece en la Sección 106 las limitaciones a estos derechos. Esta Sección es llamada “Derechos Exclusivos en Obras Protegidas por el Copyright”, la cual faculta al “propietario de los derechos del copyright” y no sólo al autor a hacer y/o autorizar los siguientes actos¹⁸⁵:

-Reproducir obras protegidas por el copyright.

-Preparar obras derivadas basadas en obras protegidas por el copyright.

-Distribuir copias o grabaciones sonoras de obras protegidas por el copyright al público mediante la venta u otro tipo de transferencia de la propiedad, alquiler, arriendo o préstamo.

¹⁸⁴ YU, Peter K. Intellectual Property and Information Wealth: Copyright and related rights. Greenwood Publishing Group, 2007. 142 p.

¹⁸⁵ CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS. COPYRIGHT ACT. 1790. [En línea]. [Consultado el 15 de Julio de 2010]. Disponible en: <http://copyright.gov/title17/>

106. Exclusive rights in copyrighted works

Subject to sections 107 through 122, the owner of copyright under this title has the exclusive rights to do and to authorize any of the following:

- 1) to reproduce the copyrighted work in copies or phonorecords;
- 2) to prepare derivative works based upon the copyrighted work;
- 3) to distribute copies or phonorecords of the copyrighted work to the public by sale or other transfer of ownership, or by rental, lease, or lending;
- 4) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and motion pictures and other audiovisual works, to perform the copyrighted work publicly;
- 5) in the case of literary, musical, dramatic, and choreographic works, pantomimes, and pictorial, graphic, or sculptural works, including the individual images of a motion picture or other audiovisual work, to display the copyrighted work publicly; and
- 6) in the case of sound recordings, to perform the copyrighted work publicly by means of a digital audio transmission.

-La interpretación pública de obras literarias, musicales, dramáticas y coreográficas, pantomimas, pictóricas, gráficas, y otras obras audiovisuales protegidas por el copyright.

-Presentar al público obras literarias, musicales, dramáticas y coreográficas, pantomimas, pictóricas, gráficas, u obras de esculturas, incluyendo las imágenes individuales de una obra cinematográfica u otra obra audiovisual protegida por el copyright.

-La interpretación pública por medio de una transmisión digital de grabaciones sonoras protegidas por el copyright.

A su vez, la Sección 107 que trata las “Limitaciones a derechos exclusivos: usos honrados”¹⁸⁶, establece que “a pesar de lo consagrado en la Sección 106, los usos honrados de las obras protegidas por el copyright, incluyendo usos tales como la reproducción de copias o grabaciones sonoras o por cualquier otro medio especificado por dicha Sección para propósitos tales como la crítica, comentarios, noticias, reportajes, enseñanza incluyendo múltiples copias para uso dentro del salón de clase, estudios o investigación, no son una violación al copyright. No obstante, el uso hecho de una obra en cualquier caso particular debe cumplir una serie de requisitos para que sea considerado como un uso honrado. Estos son:

¹⁸⁶ Ibid. 107. Limitations on exclusive rights: Fair use

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include —

- 1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;
- 2) the nature of the copyrighted work;
- 3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and
- 4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

-El propósito y el carácter del uso, incluyendo si tal uso es de una naturaleza comercial o es para propósitos educativos sin ánimo de lucro.

-La naturaleza de la obra protegida por el derecho de autor.

-La cantidad y la sustancialidad de la porción de la parte usada en relación con la obra protegida por el copyright como un todo.

-El efecto del uso en el valor de una obra protegida por el copyright en un potencial mercado.

Según lo establecido en esta sección 107 del copyright, el hecho que una obra sea inédita no será por sí misma excluida de los usos honrados si tal comparación es hecha bajo consideración de todos los factores descritos arriba.

Como se puede observar, el Copyright Act ha establecido en primera instancia los derechos patrimoniales que le confiere esta legislación a los propietarios de los derechos de reproducción de las obras y los tipos de obras a las que se aplican dichas facultades, enmarcando de esta manera su objeto de protección y los tipos de derechos que se confieren, guardando armonía con lo expresado en el Convenio de Berna. Acto seguido, la normativa norteamericana establece claramente unos límites a los derechos previamente concedidos a los propietarios de los derechos patrimoniales, estableciendo entre ellos el de la educación. No obstante, la limitación concedida por esta regulación al derecho casi “absoluto” del titular de los derechos no es libre o discrecional, ya que no basta con alegar la causal sino que se tienen que cumplir los requisitos propios de los usos honrados, o el equivalente para esta legislación “fair use”, siendo esto denominador común en las legislaciones hasta ahora vistas y que claramente propende por una utilización de las obras con un especial respeto de los derechos de autor.

Al respecto la jurisprudencia norteamericana es clara al abordar las nuevas situaciones del entorno digital, tal y como se ve expresado en el caso Playboy

Enterprises, Inc., et al. v. Frena, 839 F.Supp. 1552 (M.D. Fla., Dec. 9, 1993)¹⁸⁷. En este caso el demandado, George Frena, ponía a disposición en su servidor mediante pago previo de sus suscriptores, imágenes que habían sido escaneadas de cincuenta números de la revista playboy, las cuales podían descargar y almacenar en sus computadores sin restricción alguna. El fallo condenatorio contra Frena, es un ejemplo de cómo obras que pueden no encontrarse en medios digitales sino análogos, pueden ser fácilmente transformadas a un nuevo formato y explotadas sin la previa autorización del titular de los derechos, hecho, situación en la que pueden llegar a incurrir los centros educativos si no poseen una autorización previa y expresa de los titulares en caso que la ley no llegase a permitir la transformación a medios digitales con fines educativos.

En el mismo sentido se encuentra el caso Religious Technology Center, et al. v. Netcom On Line Communications Services, Inc. et al., 907 F.Supp. 1361 (N.D. Cal., Nov. 21, 1995)¹⁸⁸. En este caso Religious Technology Center, quienes eran titulares de los derechos de autor de las obras, demandó a Dennis Erlich, quien predicaba desde el grupo de noticias de la red Usenet “alt.religion.scientology” y utilizaba en sus foros de discusión fragmentos de obras de la cual era titular de derechos la demandante, además de enviar copias de los fragmentos a sus suscriptores. La sentencia en este caso fue condenatoria para Erlich. Como se puede ver, en este caso se protegió incluso el uso de fragmentos y su reproducción no autorizada por parte del titular de los derechos, a pesar que se estuvieran utilizando para fines de crítica. Esto se puede contrastar con los usos dados en la educación, ya que normalmente se usan fragmentos de obras en las instituciones educativas, excepción contemplada para el entorno análogo pero que se debía implementar para el entorno digital.

Finalmente el caso Tansini, et al. v. New York Times, et al., 533 U.S. (Jun. 25, 2001)¹⁸⁹, varios periodistas freelance, entre ellos Tansini, demandaron a New York Times debido a que habían cedido los derechos de sus artículos a New York

¹⁸⁷ United States District Court, M.D. Florida, Jacksonville Division (Tribunal Federal de Distrito de Florida, División Jacksonville). En : Lipszyc, Delia. Nuevos Temas de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Buenos Aires, Argentina. UNESCO, 2004. P. 391 – 392.

¹⁸⁸ Ibid. P. 393 – 394.

¹⁸⁹ Ibid. P. 299 – 302.

Times, quien a su vez los vendió a otras empresas para que las transformaran en formato digital y las pusieran a disposición en bases de datos, hecho que alegaron los demandantes ya que la cesión de derechos sólo cubría los derechos análogos y no los digitales. Este aspecto es importante de resaltar ya que se encuentra como un rasgo común en las legislaciones el hecho que las transferencias de derechos recaen sobre los derechos cedidos de manera expresa en los contratos donde consta dicho acto. Este punto es clave para las instituciones educativas ya que a pesar que, como se ha visto en el caso español, se celebren contratos donde ceden sus derechos sobre las producciones intelectuales que lleven a cabo, no puede entenderse esto como una cesión de derechos indefinida y para cualquier forma de explotación no contemplada en el contrato.

No obstante, no se puede hacer de lado la Sección 110 (1)¹⁹⁰, que establece las limitaciones a los derechos exclusivos, excepciones a ciertas interpretaciones y ejecuciones, mediante la cual establece los parámetros en los que en una sesión presencial en la que se encuentre el profesor con sus estudiantes en el salón de clase y en una institución educativa sin ánimo de lucro, salvo por las obras cinematográficas o audiovisuales, no constituyen una infracción al Copyright, dando un amplio margen de utilización de obras en este sentido, pero no aplicable en el entorno digital dado el requisito de sesión presencial¹⁹¹. Es precisamente esta sección 110 la que es objeto de enmienda por parte de la Ley TEACH, la cual se abordará más adelante.

Posteriormente se adopta la Ley del Milenio Digital o Digital Millenium Copyright Act, que pretende responder a las nuevas necesidades creadas por las nuevas TICs.

¹⁹⁰ **§ 110 • Limitations on exclusive rights: Exemption of certain performances and displays**⁴³ Notwithstanding the provisions of section 106, the following are not infringe-ments of copyright: (1) performance or display of a work by instructors or pupils in the course of face-to-face teaching activities of a nonprofit educational institution, in a classroom or similar place devoted to instruction, unless, in the case of a motion picture or other audiovisual work, the performance, or the display of individual images, is given by means of a copy that was not lawfully made under this title, and that the person responsible for the performance knew or had reason to believe was not lawfully made.

¹⁹¹ FICSOR, Mihály. Aplicación de las limitaciones y excepciones en el entorno y en la red digital. La Ley para la Enseñanza de los Estados Unidos. En : Revista iberoamericana de derecho de autor. Año 1, No. 1 (Enero – Junio 2007); p. 26 – 27.

4.2.3 Digital Millenium Copyright Act (DMCA). La DMCA es una normativa de 1998 que reformó el Título 17 de la Ley de Derechos de Autor o Copyright Act de Estados Unidos. Buscó implementar las disposiciones a las que estaba obligado este país en virtud de los Tratados OMPI de Internet de 1996.

Teniendo en cuenta que la Copyright Act se quedaba corta en lo referente, no sólo a las limitaciones y excepciones, sino a las obras que pueden servir de instrumento en la educación virtual, de manera particular, la DMCA dedicó la Sección 403¹⁹² a la educación a distancia, la cual se conoce como “Limitaciones a Derechos Exclusivos: Educación a Distancia”. Es necesario aclarar que esta Sección no es una regulación en todo su sentido, sino que es una presentación, a manera de recomendación, de los diferentes factores y requisitos que se deben

¹⁹² CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS. Digital Millenium Copyright Act. [en línea]. [Consultado el 18 de Julio de 2010]. Disponible en: <http://www.copyright.gov/legislation/dmca.pdf>

SEC. 403. LIMITATIONS ON EXCLUSIVE RIGHTS; DISTANCE EDUCATION.

a) RECOMMENDATIONS BY REGISTER OF COPYRIGHTS.—Not later than 6 months after the date of the enactment of this Act, the Register of Copyrights, after consultation with representatives of copyright owners, nonprofit educational institutions, and nonprofit libraries and archives, shall submit to the Congress recommendations on how to promote distance education through digital technologies, including interactive digital networks, while maintaining an appropriate balance between the rights of copyright owners and the needs of users of copyrighted works. Such recommendations shall include any legislation the Register of Copyrights considers appropriate to achieve the objective described in the preceding sentence.

b) FACTORS.—In formulating recommendations under subsection

a), the Register of Copyrights shall consider—

- 1) the need for an exemption from exclusive rights of copyright owners for distance education through digital networks;
- 2) the categories of works to be included under any distance education exemption;
- 3) the extent of appropriate quantitative limitations on the portions of works that may be used under any distance education exemption;
- 4) the parties who should be entitled to the benefits of any distance education exemption;
- 5) the parties who should be designated as eligible recipients of distance education materials under any distance education exemption;
- 6) whether and what types of technological measures can or should be employed to safeguard against unauthorized access to, and use or retention of, copyrighted materials as a condition of eligibility for any distance education exemption, including, in light of developing technological capabilities, the exemption set out in section 1102) of title 17, United States Code;
- 7) the extent to which the availability of licenses for the use of copyrighted works in distance education through interactive digital networks should be considered in assessing eligibility for any distance education exemption; and
- 8) such other issues relating to distance education through interactive digital networks that the Register considers appropriate.

tener en cuenta para adoptar una normatividad, así como excepciones, que responda a las necesidades de la educación virtual.

“a) Recomendaciones para el Registro de Copyright.—A más tardar 6 meses después de la fecha de promulgación de esta Ley, el Registro de Copyright, después de consultar con los representantes de los titulares de los derechos de copyright, instituciones educativas sin ánimo de lucro, archivos y bibliotecas sin ánimo de lucro, deberán presentar al Congreso recomendaciones de cómo promover la educación a distancia a través de las tecnologías digitales, incluyendo redes interactivas digitales, mientras se mantiene un apropiado balance entre los derechos de los titulares del copyright y las necesidades de los usuarios de las obras protegidas por el copyright. Las recomendaciones deberán incluir alguna legislación que el Registro de Copyright considere apropiado para alcanzar el objetivo descrito en la frase anterior.

(b) Factores.—Formulando las recomendaciones bajo la subsección: a) el Registro de Copyright debe considerar—1) la necesidad de una excepción a los derechos exclusivos de los titulares de copyright para la educación a distancia a través de redes digitales; 2) las categorías de obras a ser incluidas bajo cualquier excepción de la educación a distancia; 3) extender en la medida adecuada las limitaciones en las porciones en que las obras puedan ser usadas bajo cualquier excepción de educación a distancia; 4) las partes que serán los titulares de los beneficios de cualquier excepción de la educación a distancia; 5) las partes que sean designadas como receptores de materiales de educación a distancia bajo cualquier excepción a educación a distancia; 6) los tipos de medidas técnicas de protección pueden o deberán ser empleadas para proteger contra accesos no autorizados, usar o retener materiales protegidos por el copyright como condición de elegibilidad para cualquier excepción a educación a distancia, incluyendo a la luz del desarrollo de capacidades tecnológicas, la excepción dispuesta en la Sección 1102) del Título 17 del Código de Estados Unidos; 7) en la medida en que haya la disponibilidad de licencias para el uso de obras protegidas por el copyright en educación a distancia a través de redes digitales interactivas deberán ser consideradas en la evaluación de admisibilidad para cualquier excepción de educación a distancia. 8) otros asuntos relacionados con la educación a distancia a través de redes digitales que el Registro considere apropiado.”

Como se puede observar, la DMCA en la Sección 403 sienta las bases para que se tomen los factores a tener en cuenta en el desarrollo normativo en materia de derechos de autor y educación a distancia en el entorno digital, buscando el “balance” entre los derechos de los usuarios legítimos de las obras protegidas y los titulares de los derechos. Es claro que el Congreso norteamericano canalizó a través de la oficina de registro de copyright de Estados Unidos, la recepción de las propuestas para tener un ejercicio equilibrado de los derechos de autor o copyright y el derecho a la educación en el entorno digital. Cabe resaltar que la DMCA identifica los actores que deben presentar estas propuestas, reuniendo a todos los sujetos involucrados en esta temática, destacándose entre ellos las instituciones educativas sin ánimo de lucro. Igualmente pone sobre la mesa la necesidad de identificar las obras que pueden ser objeto de excepción para beneficio de la educación virtual, contrastando esto con lo establecido en la Copyright Act, la cual sólo contemplaba las grabaciones sonoras en medios digitales. De la misma manera solicita que se proyecte quiénes van a ser los beneficiarios de esta excepción, las medidas técnicas de protección a tomar, los tipos de licencias a conceder a los usuarios y determinar las circunstancias bajo las cuales se pueden estas limitaciones y excepciones para la educación virtual. Es esto lo que explica la expedición de la TEACH ACT (Technology Education and Copyright Harmonization) o Ley de Armonización de Tecnología, Educación y Copyright, de la cual se hará mención más adelante.

En materia de Medidas Técnicas de Protección (MTP), la regulación procurada por la DMCA se puede dividir en dos actividades:

- a) El acto de neutralizar o eludir las medidas tecnológicas:** La Sección 1201 (a)(3)(A) establece que neutralizar una medida técnica significa descodificar una obra codificada, hacer inteligible una obra perturbada o de cualquier modo evitar, esquivar, desactivar o también deteriorar una medida técnica sin autorización de titular del copyright¹⁹³.

¹⁹³ Ibid., § 1201 (a)(3)(A): “to ‘circumvent a technological measure’ means to descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner;”

En las Secciones 1201 (a)(3)(B)¹⁹⁴ y 1203(5)(A)¹⁹⁵ respectivamente, aclara para su legislación lo que debe entenderse por medida técnica eficaz, disponiendo que es aquella que requiere aplicación de una información, procedimiento o tratamiento - obviamente con autorización del titular de los derechos de copyright para obtener el acceso a la obra; así como en las directivas europeas, se hace alusión a la subjetividad de la conducta al conferirle la facultad a los Tribunales de reducir o renunciar a indemnizaciones por daños y perjuicios si quien comete la conducta demuestra que no tenía intención de realizarla o no sabía que tal era violatoria de derechos. Es preciso resaltar, que para que sea un acto ilícito, requiere que sea violatorio del copyright.

b) El comercio de dispositivos de neutralización: Se encuentra consagrado en la Sección 1201(a)(2)¹⁹⁶. Como en las Directivas Europeas, se trata de abarcar las actividades que sirvan o favorezcan tal actividad, como fabricar, importar, ofrecer al público, suministrar o comerciar con tecnologías, productos, servicios, dispositivos o partes de éstos que hayan sido diseñados con el fin de eludir las medidas tecnológicas de protección.

Se consagra así mismo en la Sección 1201 (c)(3)¹⁹⁷, la ausencia de obligación para los productores de bienes electrónicos de consumo, productos de

¹⁹⁴ Ibid., § 1201 (a)(3)(B) “a technological measure ‘effectively controls access to a work’ if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work.”

¹⁹⁵ Ibid., § 1203 “(5) INNOCENT VIOLATIONS.— ‘(A) IN GENERAL.—The court in its discretion may reduce or remit the total award of damages in any case in which the violator sustains the burden of proving, and the court finds, that the violator was not aware and had no reason to believe that its acts constituted a violation.

¹⁹⁶ Ibid., § 1201 (a)(2) No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that—A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title;

¹⁹⁷ Ibid., § 1201 (c)(3) Nothing in this section shall require that the design of, or design and selection of parts and components for, a consumer electronics, telecommunications, or computing product provide for a response to any particular technological measure, so long as such part or component, or the product in which such part or component is integrated, does not otherwise fall within the prohibitions of subsection (a)(2) or (b)(1).

telecomunicaciones o de productos informáticos, de hacer o adaptar sus productos a una medida técnica de protección (cláusula “*no mandate*”).

Para que se constituya como infracción a la legislación norteamericana el comercio de los dispositivos de neutralización, se deben cumplir tres requisitos: 1. Que hayan sido concebidos principalmente para neutralizar la medida técnica de protección de acceso. – §1201(a)(2)(A) -; 2. No tengan más que un objetivo comercial limitado o una utilización limitada distinta al de la neutralización de las medidas técnicas. – § 1201(a)(2)(B) - ; 3. Que sean puestos en el mercado por la persona que comercia con dispositivos de neutralización o por otra persona que actúe en colaboración con ella con su conocimiento con objeto de neutralizar la medida tecnológica.

En la Sección 1201 (d)¹⁹⁸ que trata de “La Elusión de los Sistemas de Protección de Copyright”, en específico dicho literal trata la “Exención para las Bibliotecas sin fines de lucro, Archivos e Instituciones Educativas”, dentro del que se contempla que estos sujetos a los cuales va dirigida la exención, cuando tienen acceso a obras protegidas por el copyright y que han sido comercializadas, pueden realizar actos de buena fe siempre y cuando hayan adquirido un ejemplar con la única finalidad de llevar a cabo una conducta permitida condicionando se a que A) no la retengan un mayor tiempo del necesario para llevar a cabo el acto bajo la buena fe, y B) que dicha obra no sea utilizada para ningún otro propósito. Otro requisito que se impone desde esta sección es que la obra no se encuentre “razonablemente” disponible en otra forma¹⁹⁹. Si los destinatarios de la norma cumplen con estos requisitos, no incurrirán en violación del la subsección a) 1) A).

¹⁹⁸ Ibid., § 1201(d) EXEMPTION FOR NONPROFIT LIBRARIES, ARCHIVES, AND EDUCATIONAL INSTITUTIONS.—(1) A nonprofit library, archives, or educational institution which gains access to a commercially exploited copyrighted work solely in order to make a good faith determination of whether to acquire a copy of that work for the sole purpose of engaging in conduct permitted under this title shall not be in violation of subsection (a)(1)(A). A copy of a work to which access has been gained under this paragraph— A) may not be retained longer than necessary to make such good faith determination; and B) may not be used for any other purpose.

¹⁹⁹ Ibid., § 1201(d)(2) The exemption made available under paragraph 1) shall only apply with respect to a work when an identical copy of that work is not reasonably available in another form.

En caso contrario, los destinatarios de esta normativa, si operan con el ánimo de obtener una ventaja comercial o económica, se convierten automáticamente en objeto de las sanciones civiles establecidas en la Sección 1203, entre los que se encuentra el perder el beneficio de esta exención en caso de reincidencia²⁰⁰.

Adicionalmente, no se puede aplicar esta exención como medio de defensa por parte de este tipo de instituciones en lo que se refiere a la manufactura, importación, oferta al público, cuando se suministra, o de alguna otra manera comercialización de cualquier producto, servicio, dispositivo, componente o parte que sirva para la elusión de medidas técnicas de protección, sujetándose a lo establecido en la subsección (a)(2) o (b)²⁰¹.

A diferencia de la reglamentación establecida en España, la Ley norteamericana hace mención expresa a que las Instituciones educativas pueden llegar a ser prestadores de servicio, entendiéndose por este concepto lo consagrado en la Sección 512 (k) (1) (A) y (B)²⁰²:

²⁰⁰ Ibid., § 1201(d) (3) A nonprofit library, archives, or educational institution that willfully for the purpose of commercial advantage or financial gain violates paragraph 1)— A) shall, for the first offense, be subject to the civil remedies under section 1203; and B) shall, for repeated or subsequent offenses, in addition to the civil remedies under section 1203, forfeit the exemption provided under paragraph 1).

²⁰¹ Ibid., § 1201(d) (4) This subsection may not be used as a defense to a claim under subsection (a)(2) or (b), nor may this subsection permit a nonprofit library, archives, or educational institution to manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, component, or part thereof, which circumvents a technological measure.

²⁰² Ibid., § 512 (k) DEFINITIONS.—

1) SERVICE PROVIDER.—A) As used in subsection a), the term ‘service provider’ means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user’s choosing, without modification to the content of the material as sent or received.

B) As used in this section, other than subsection a), the term ‘service provider’ means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph (A).

“A) A los fines de la subsección a) el término “proveedor de servicio” hace referencia a una entidad que ofrece la transmisión, enrutamiento, o la prestación de conexiones para comunicaciones digitales en línea, entre los puntos especificados por el usuario, de material elegido por el usuario, sin modificación al contenido del material tanto recibido como enviado.

B) Para fines de esta sección, diferente a la subsección a), la expresión “proveedor de servicio” hace referencia a un prestador de servicio en línea o acceso de red, o el operador que por lo tanto los facilita, e incluye una entidad descrita en el subparágrafo A).”

Es claro que para el legislador norteamericano, las instituciones educativas juegan un papel central en el proceso de transferencia de datos propio de las nuevas TICs. Esto no quiere decir que en la legislación española se encuentre un vacío, ya que dentro del concepto de proveedor de servicio en dicho país pueden caber las instituciones educativas.

Hecha la anterior aclaración se puede exponer lo contenido en la Sección 512 que trata de la “Limitación de Responsabilidad relativa a los Materiales En Línea”, que a su vez, en la subsección e) se refiere a la “Limitación de Responsabilidad de las Instituciones Educativas sin fines de Lucro²⁰³”, teniendo en cuenta que son éstas

²⁰³ Ibid; § 512 (e) LIMITATION ON LIABILITY OF NONPROFIT EDUCATIONAL INSTITUTIONS.—
1) When a public or other nonprofit institution of higher education is a service provider, and when a faculty member or graduate student who is an employee of such institution is performing a teaching or research function, for the purposes of subsections a) and b) such faculty member or graduate student shall be considered to be a person other than the institution, and for the purposes of subsections c) and d) such faculty member’s or graduate student’s knowledge or awareness of his or her infringing activities shall not be attributed to the institution, if—
A) such faculty member’s or graduate student’s infringing activities do not involve the provision of online access to instructional materials that are or were required or recommended, within the preceding 3-year period, for a course taught at the institution by such faculty member or graduate student;
B) the institution has not, within the preceding 3-year period, received more than two notifications described in subsection c)3) of claimed infringement by such faculty member or graduate student, and such notifications of claimed infringement were not actionable under subsection f); and
C) the institution provides to all users of its system or network informational materials that accurately describe, and promote compliance with, the laws of the United States relating to copyright.

las destinatarias de las excepciones consagradas en la Ley TEACH. En cuanto a la responsabilidad de estas instituciones se estableció lo siguiente:

“1) Cuando una Institución pública u otra Institución de educación superior sin ánimo de lucro es un proveedor de servicio, y cuando un miembro de la facultad o estudiante egresado sea empleado de dicha institución desempeñando funciones de enseñanza o de investigación, para los propósitos de las subsecciones a) y b)²⁰⁴ tal miembro de la facultad o estudiante egresado se considerará como una persona diferente a la institución, y para los propósitos de las subsecciones c) y d)²⁰⁵ tales miembros de la facultad o estudiantes egresados con conocimiento o conciencia de su actividad infractora, no podrá ser atribuida a la institución si:

(A) Las actividades infractoras de tal miembro de la facultad o estudiante egresado no involucran la provisión de acceso en línea a materiales instructivos que son o eran requeridos o recomendados, dentro del periodo anterior de 3 años, para un curso enseñado en la institución por tales miembros de la facultad o estudiantes egresados.

(B) Si dentro del período anterior a 3 años la institución no ha recibido más de dos notificaciones descritas en la subsección c) 3) de la supuesta infracción hecha por los miembros de la facultad o estudiantes egresados, y tales notificaciones de la supuesta infracción no eran procedentes bajo el la subsección f)²⁰⁶, y

(C) Que la institución suministre a todos los usuarios de su sistema o red material informativo que describa minuciosamente y promueva la conformidad con las leyes de los Estados Unidos relativas al copyright.”

²⁰⁴ Las nombradas subsecciones tratan respectivamente las limitaciones de responsabilidad en las comunicaciones transitorias por redes digitales y bajo el sistema caching (almacenamiento temporal).

²⁰⁵ Estas subsecciones hacen referencia a la Información Residente en el Sistema o Redes en las Direcciones de los Usuarios, y las herramientas de localización de la información.

²⁰⁶ Esta subsección hace referencia a la responsabilidad de cualquier daño que genere por aquellas personas que tergiversen o encubran infracciones al copyright.

La DMCA muestra a la institución educativa como un actor principal en la administración de del servicio de educativo ahora también en el entorno digital con la educación virtual, creándole una responsabilidades en la guarda de las obras objeto de protección y en la difusión de la información del copyright y/o de las condiciones bajo las cuales se permite el uso de las obras. Es para el legislador norteamericano la institución educativa el actor central que debe velar por la observancia de lo dispuesto en esta normativa.

Como se puede apreciar, la DMCA procuró ser minuciosa y exigente en lo que se refiere a los diferentes aspectos técnicos involucrados en la educación a distancia en el entorno digital. Se tiene claro entonces que la DMCA es la normativa que ha dado las nociones de los nuevos actores que intervienen en el entorno digital, señalando sus respectivas responsabilidades, campos de acción y requisitos para que sean acogidos dentro de lo que corresponde a la educación virtual.

4.2.4 Ley TEACH. Conocida originalmente como TEACH ACT (Technology Education and Copyright Harmonization), en español Ley de Armonización de Tecnología, Educación y Derechos de Autor. La génesis de esta normatividad data del 2 de noviembre de 2002, durante el mandato de George W. Bush, quien su vez la sancionó.

Es esta Ley la consolidación de las propuestas recibidas a partir del mandato de la DMCA. Por esto, el papel que desempeña esta ley norteamericana en lo que respecta a las tecnologías de la información y comunicación, la educación a distancia y la legislación autoral norteamericana es de gran trascendencia dado que fue la primera normatividad que intentó plantear un “equilibrio” entre puntos que se perciben como opuestos: el monopolio del titular de derecho de autor y el interés general de acceder a las obras con fines educativos. A grosso modo lo que se pretendió hacer fue establecer unos casos concretos en los que los centros de educación virtual dentro del territorio norteamericano tuvieran permiso para usar “de manera condicionada” las obras protegidas por la legislación autoral de dicho país. Si bien se establecían en la Digital Millenium Copyright Act unas limitaciones y excepciones a los derechos patrimoniales de los titulares de derechos, la ley TEACH impone unos requisitos que se pueden considerar bastante exigentes. Esta normatividad adicionó al código de los Estados Unidos, en el Título 17 ,

Sección 110, situaciones propias de este tipo de enseñanza, pero también pone las bases conceptuales de los elementos que se deben tener en cuenta para su correcta interpretación, por ejemplo:

Hace claridad de lo que se debe entender por “Actividades Institucionales Mediadas” con respecto a la interpretación o presentación de una obra por transmisiones digitales bajo esta Sección: siendo *“las actividades que usan tales obras como una parte integral de la experiencia de clase controlada por o bajo un instructor, similar al tipo de interpretación o presentación que podría tomar lugar en el desarrollo de una clase presencial. El término no hace referencia a las actividades de uso en la Enmienda 1 o más sesiones de clase de un mismo curso, tales obras como libros de texto, paquetes del curso u otro material en cualquier medio, copias o grabaciones sonoras las cuales son normalmente compradas o adquiridas por estudiantes de niveles elemental y secundario como una posesión suya y de uso independiente.”*²⁰⁷ Como vemos, esta Ley describe el contexto de los que es una experiencia de clase en un aula virtual, asimilándolo a la de una clase presencial y exigiendo la supervisión de una persona responsable que represente a la institución educativa, además de ampliar las clases de obras que se pueden utilizar en este tipo de cursos, no siendo únicamente las grabaciones sonoras en formato digital que se mencionaban en la Copyright Act.

Esta Ley, impone también unos requisitos para que se puedan aplicar estas limitaciones y excepciones a las instituciones educativas, como son que dichas instituciones sean sin ánimo de lucro y acreditándose para actuar. Dentro del texto de la Ley TEACH se encuentra lo siguiente:

²⁰⁷ CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS. TEACH ACT. 2002. 2) by adding at the end the following: “In paragraph 2), the term ‘mediated instructional activities’ with respect to the performance or display of a work by digital transmission under this section refers to activities that use such work as an integral part of the class experience, controlled by or under the actual supervision of the instructor and analogous to the type of performance or display that would take place in a live classroom setting. The term does not refer to activities that use, in 1 or more class sessions of a single course, such works as textbooks, course packs, or other material in any media, copies or phonorecords of which are typically purchased or acquired by the students in higher education for their independent use and retention or are typically purchased or acquired for elementary and secondary students for their possession and independent use.

“Para propósitos del párrafo 2), acreditación—

A) con respecto a las instituciones que proveen educación post-secundaria, deberá ser determinado por una agencia de acreditación regional o nacional reconocida por el Consejo de Acreditación de Educación Superior o por el Departamento de Educación de los Estados Unidos; y

B) Con respecto a las instituciones que proveen educación post-secundaria, deberá ser reconocido por el estatuto aplicable de certificación o procedimiento de licenciamiento²⁰⁸. ”

Es claro entonces que una institución que ofrezca este tipo de enseñanza, está sujeto a la acreditación del respectivo organismo norteamericano, llamando esto la atención debido a que a pesar que la educación no está dentro de los derechos consagrados en su constitución, sí es un derecho y una actividad supervisada por dicho gobierno sin importar que sea ofrecido por entidades oficiales o por particulares.

En cuanto al almacenamiento temporal o caching, el mismo al que se hizo referencia en el sistema europeo con la memoria RAM, se estableció que no son responsables las instituciones educativas sin ánimo de lucro, ya sean oficiales o privadas, por este tipo de almacenamiento que, normalmente se da para facilitar las transmisiones de datos, siempre y cuando cumplan unos requisitos para eximir su responsabilidad, como lo es el que este tipo de archivo almacenado no sea accesible normalmente a los usuarios autorizados por un tiempo mayor al que se necesita para la transmisión de la información²⁰⁹. Se llama la atención en el hecho

²⁰⁸ Ibidem. ‘For purposes of paragraph (2), accreditation—

“(A) with respect to an institution providing post-secondary education, shall be as determined by a regional or national accrediting agency recognized by the Council on Higher Education Accreditation or the United States Department of Education; and

‘(B) with respect to an institution providing elementary or secondary education, shall be as recognized by the applicable state certification or licensing procedures.

²⁰⁹ Traducción libre: *“Para propósitos del Párrafo 2), ningún cuerpo gubernamental o Institución Educativa sin ánimo de lucro acreditada deberá ser responsable en caso de infringir, en razón del almacenamiento temporal o transitorio de material transportado a través de procesos técnicos automatizados de transmisión digital de una interpretación o presentación de material autorizado bajo el Párrafo 2). Ninguno de tales materiales almacenados en el sistema o en la red*

que esta salvedad se hace sólo para los usuarios que se encuentran autorizados a entrar al sistema de la institución educativa, siendo tácita la obligatoriedad de mantener unas medidas técnicas de protección que protejan las obras de accesos de personal no autorizado, e incluso del mismo que se encuentra legitimado para un cierto tipo de utilizaciones.

La subsección c) que hace referencia a las grabaciones efímeras, subsección (1)(B), adicionó la posibilidad que tienen las entidades gubernamentales y las instituciones educativas de realizar transmisiones por medios digitales de copias o reproducciones de grabaciones sonoras o de interpretaciones o ejecuciones en formato digital y/o que se encuentren en formato análogo, sin que esto constituya una infracción al copyright siempre y cuando cumpla como requisitos el que dicha institución mantenga la guarda de tales archivos, así como el que sólo sean usados para los fines permitidos en las transmisiones autorizadas²¹⁰.

Igualmente establece las excepciones bajo las cuales se permite la impresión u otras versiones análogas para ser convertidas en formatos digitales siempre y cuando la versión digital no esté al alcance de la institución educativa o que las medidas técnicas de protección impidan el uso legítimo que posibilita esta

controlada u operada por el ente transmisor o una institución bajo este Parágrafo deberá ser mantenido en dicho sistema o red de manera que sea normalmente accesible a cualquier otra persona que no sea los receptores autorizados. Ninguna de dichas copias deberá ser mantenida en el sistema o en la red de manera que sea normalmente accesible a los receptores autorizados por un período mayor del razonablemente necesario para facilitar las transmisiones para las cuales fueron hechos.”

²¹⁰ Traducción libre: “f) 1) A pesar de lo previsto en la Sección 106, y sin limitar la aplicación de la subsección b), no es una violación al copyright por un ente gubernamental o una institución educativa sin ánimo de lucro legitimada bajo la Sección 110(2) para transmitir una interpretación o presentación, hacer copias o grabaciones sonoras de una obra que se encuentra en formato digital, únicamente para ser permitido en el Parágrafo 2), de una obra que se encuentra en formato análogo, que contiene la interpretación o presentación para ser usada para llevar a cabo la transmisión autorizada bajo la Sección 110(2), si—

“A) tales copias o grabaciones sonoras son retenidas y usadas por el ente o institución que las crea, y ninguna otra copia o grabación sonora de ellos son reproducidas, excepto las autorizadas bajo la Sección 110(2); y

“B) tales copias o grabaciones sonoras sean usadas únicamente para transmisiones autorizadas bajo la Sección 110(2).

normatividad²¹¹. Se subraya que la legislación norteamericana legitima la reproducción cuando las medidas técnicas de protección sean tales que no permitan usos permitidos por la ley, poniendo sobre la mesa la situación en la que las medidas técnicas de protección se convierten en un impedimento para el uso legítimo de las obras.

4.2.4.1 Limitaciones y Excepciones. De manera concreta, en relación con la limitación y excepción que se consagró para la educación virtual, esta Ley enmendó el capítulo 1 del título 17 del Código de Estados Unidos, relacionado con las excepciones de ciertas interpretaciones y presentaciones para usos educativos de las disposiciones que infringen el copyright, para disponer que la realización de copias o grabaciones fonográficas de ciertas interpretaciones y/o presentaciones no son violatorias bajo ciertas circunstancias. La Sección 1 que comprende las excepciones al copyright y los usos con fines educativos, establece en su literal b) las “Excepciones a ciertas Interpretaciones y Presentaciones para usos Educativos²¹²”, en el cual se enmendó la Sección 110 del Título 17 de la

²¹¹ Traducción libre: “2) Esta subsección no autoriza la impresión u otras versiones análogas de las obras a formatos digitales, salvo que tales conversiones se encuentren aquí permitidas, sólo con respecto a las cantidades de ciertas obras autorizadas para que sean interpretadas o presentadas bajo la sección 110(2), si—

“A) si no se encuentra disponible una versión digital de la obra para la institución; o
“B) la versión digital de la obra que se encuentra disponible para la institución se encuentra bajo medidas técnicas de protección que no permiten el uso consagrado en la sección 110(2).”

²¹² Ibid., “2) except with respect to a work produced or marketed primarily for performance or display as part of mediated instructional activities transmitted via digital networks, or a performance or display that is given by means of a copy or phonorecord that is not lawfully made and acquired under this title, an to believe was not lawfully made and acquired, the performance of a nondramatic literary or musical work or reasonable and limited portions of any other work, or display of a work in an amount comparable to that which is typically displayed in the course of a live classroom session, by nd the transmitting government body or accredite nonprofit educational institution knew or had reasoor in the course of a transmission, if—

“A) the performance or display is made by, at the direction of, or under the actual supervision of an instructor as an integral part of a class session offered as a regular part of the systematic mediated instructional activities of a governmental body or an accredited nonprofit educational institution;

“B) the performance or display is directly related and of material assistance to the teaching content of the transmission;

“C) the transmission is made solely for, and, to the extent technologically feasible, the reception of such transmission is limited to— “i) students officially enrolled in the course for which the transmission is made; or

legislación autoral norteamericana, derogando la anterior disposición e implantado excepciones mediante las cuales las instituciones educativas no infringen el Copyright con el uso de fragmentos de obras musicales o literarias no dramáticas que, teniendo razón o no para conocer que no han sido adquiridas o hechas de forma lícita, las use para sus transmisiones, siempre y cuando las utilice bajo supervisión en tiempo real de un instructor; que se encuentre relacionada esta utilización con el material de apoyo del curso; que la transmisión sea hecha únicamente a personas legitimadas para recibirla tales como alumnos inscritos y oficiales de la institución o entidad gubernamental; el proveer la institución educativa y/o el ente gubernamental información acerca de las políticas frente a las disposiciones del copyright, así como la adopción de medidas técnicas de protección que impidan usos, retenciones o reproducciones no autorizadas²¹³.

“ii) officers or employees of governmental bodies as a part of their official duties or employment; and

“D) the transmitting body or institution—

“i) institutes policies regarding copyright, provides informational materials to faculty, students, and relevant staff members that accurately describe, and promote compliance with, the laws of the United States relating to copyright, and provides notice to students that materials used in connection with the course may be subject to copyright protection; and

“ii) in the case of digital transmissions—

“I) applies technological measures that reasonably prevent—

“aa) retention of the work in accessible form by recipients of the transmission from the transmitting body or institution for longer than the class session; and

“bb) unauthorized further dissemination of the work in accessible form by such recipients to others; and

“II) does not engage in conduct that could reasonably be expected to interfere with technological measures used by copyright owners to prevent such retention or unauthorized further dissemination;”

²¹³ Traducción libre: *Sección 110. Limitaciones a los derechos exclusivos: Excepciones a ciertas Interpretaciones y Presentaciones: A pesar de las disposiciones de la Sección 106, lo siguiente no infringe el copyright: (...)*

(2) *Excepto con respecto de las obras producidas y comercializadas principalmente para ser interpretadas y presentadas como parte de una actividad de enseñanza mediatizada transmitidas por redes digitales, o una interpretación o presentación que se ha dado a través de una copia o grabación sonora que no es hecha o adquirida legalmente bajo este Título, y las transmisiones de un ente gubernamental o de una institución educativa sin ánimo de lucro acreditada que conocía o tenía razones para creer que no era hecha ni adquirida legalmente, la interpretación de una obra musical o literaria no dramática o en razonables y limitadas porciones de cualquier otra obra, o presentación de una obra en cantidades comparables a lo que es normalmente presentado en el curso de una sesión de clase presencial o en el curso de una transmisión, si—*

(A) *La interpretación o presentación es hecha por, a la dirección de, o bajo la supervisión en tiempo real de un instructor como parte integrante de una sesión de clase ofrecida como una parte*

Como podemos ver, la limitación y excepción en la legislación norteamericana tiene unos elementos puntuales como lo es el tipo de obra que puede ser transmitida, así como la supervisión de el profesor, que no sea utilizada más allá de lo que se llevaría a cabo durante una sesión presencial, que tenga fines netamente académicos, sirviendo como apoyo al material dado en el curso, así como los sujetos intervinientes en el proceso educacional que tengan acceso a las obras protegidas por el copyright, acompañando esto de una publicidad exigida por mandato expreso que dé a conocer las políticas de copyright para el correcto uso de los materiales educativos. Adicionalmente, exige dentro de la misma norma la adopción de medidas técnicas de protección que prevengan situaciones consideradas infractoras del copyright. La Ley de Estados Unidos es, a diferencia de la legislación europea, una legislación atomizada, es decir, trata de plasmar para el caso de la limitación y excepción para la educación a distancia en el entorno digital, una particularización tanto de elementos que conforman la nueva situación como de las condiciones y medidas que se deben tener en cuenta para la aplicación de la limitación y excepción al derecho de autor en este sistema normativo para que de esta manera no se incurra en transgresiones que den pie a las sanciones establecidas por su legislación.

regular de una actividad educacional sistematizada y mediatizada de un ente gubernamental o de una institución educativa acreditada sin ánimo de lucro.

(B) *Que la interpretación o presentación esté directamente relacionada al material de apoyo del contenido educativo en una transmisión;*

(C) *Que la transmisión sea hecha únicamente para hacer tecnológicamente posible, la recepción de tales transmisiones está limitada a –*

(i) *Estudiantes oficialmente inscritos en el curso del cual la transmisión es realizada.*

(ii) *Oficiales o empleados de entes gubernamentales como parte de sus deberes oficiales o laborales;*

(D) *Las transmisiones del ente gubernamental o institución educativa –*

(i) *Las políticas institucionales respecto al copyright, deben proveer material informativo a la facultad, los estudiantes y miembros del personal relevante que se describe con exactitud, y promover el cumplimiento con las leyes de los Estados Unidos relacionadas con el copyright, y proveer notas a los estudiantes que los materiales usados en los cursos pueden estar sujetos a la protección del copyright; y*

(ii) *En el caso de las transmisiones digitales –*

(I) *Aplicar medidas tecnológicas que razonablemente prevengan –*

aa) la retención de la obra en forma accesible para los receptores de la transmisión hecha por el ente gubernamental o la institución educativa por un período no mayor a la sesión de clase; y

bb) la difusión no autorizada de la obra en forma accesible por unos receptores a otros; y Que no se relacione en conductas que podrían razonablemente ser esperadas para interferir con las medidas técnicas de protección usadas por los propietarios del copyright para prevenir las recepciones o difusiones no autorizadas.

Para Mihály Ficsor *"las disposiciones de la Ley para la enseñanza, arriba mencionadas, muestran la forma en que, por medio de condiciones debidamente calibradas, la función de ciertas excepciones puede mantenerse en el nuevo ámbito teniendo en cuenta todos los legítimos intereses involucrados."*²¹⁴

A manera de ejemplo se proseguirá a ofrecer un ligero vistazo de lo que se puede encontrar en una de las universidades virtuales norteamericanas como lo es la Universidad de Phoenix – Arizona, la cual se ha elegido como referente debido a la trayectoria que ha tenido en materia de educación a distancia en Estados Unidos, logrando un reconocimiento incluso por fuera del territorio estadounidense.

4.2.5 Universidad de Phoenix – Arizona²¹⁵. Esta Universidad nace en 1976 gracias a su fundador John Sperling, que para ese entonces consideró pertinente el ofrecer educación superior a adultos en horarios y lugares flexibles. Este centro educativo ha participado en aproximadamente 30 visitas de acreditación. Esta entidad privada inició sus servicios educativos de manera presencial en un campus físico, expandiéndose físicamente con otra sede en 1980 en el Norte de California. La modalidad de Campus en línea u on line, nace para esta universidad en el año de 1989, pero es en 1995 que se tiene una mayor incidencia al ofrecer la colección de la biblioteca en línea las 24 horas para los estudiantes. Para el año 2.000 este centro educativo alcanza los 100.000 estudiantes inscritos en los diferentes cursos ofrecidos. En el 2001 se dispone de la herramienta "rEsource", en español "rEcurso", destacando la letra E como inicial de la palabra "Electronic", la cual era una plataforma que hacía posible la entrega electrónica de materiales educativos. En el 2003 alcanzo un cuerpo estudiantil de 200.000 personas inscritas pero no sólo en Estados Unidos, sino también en Puerto Rico y Canadá. Para el 2004, la Universidad de Phoenix lanza la colección de eBook, siendo ésta una biblioteca que, a diferencia de su antecesora en 1995, dispone ya

²¹⁴ FICSOR, Mihály. Aplicación de las limitaciones y excepciones en el entorno y en la red digital. La Ley para la Enseñanza de los Estados Unidos. En : Revista iberoamericana de derecho de autor. Año 1, No. 1 (Enero – Junio 2007); 28 p.

²¹⁵ UNIVERSIDAD DE PHOENIX. [en línea]. [consultado el 12 de septiembre de 2010]. Disponible en www.phoenix.edu

de cientos de libros disponibles para que sus estudiantes investiguen, hojeen y lean.

“Tecnología en el Salón de Clase”. Tal y como lo afirma este centro educativo en su página de internet, “la tecnología juega un papel importante en cada aspecto de los programas de grado”. Dentro de las diferentes herramientas tecnológicas que se utilizan en el proceso de aprendizaje y que se encuentran disponibles para los estudiantes que se encuentren inscritos se puede disponer de:

-La Colección eBook: es la biblioteca en línea de la cual disponen los estudiantes que se encuentren inscritos. Su catálogo esta hecho de miles de libros de texto, los cuales sirven como material de lectura seleccionada para múltiples cursos.

-Organizaciones Virtuales: Es una plataforma que simula problemas de la vida real. Esta herramienta acompaña a los libros de texto, debido a que el concepto de aprendizaje que se maneja en esta institución va acompañado de la práctica, ya que es a través de ella que se desarrollan nuevas habilidades. Los problemas que tiene que resolver el estudiante son del tipo que se encontrará en el diario ejercicio de su carrera. La forma en que funciona esta herramienta es, como ya se ha dicho, planteándole problemas al estudiante que debe resolver, pero para ello cuenta con ayudas para un “pensamiento guiado”, pudiendo acceder a documentos, contratos, información de toda clase dependiendo del tipo de plan de estudio que esté cursando.

-Simulaciones: Los estudiantes pueden manipular información y probar sus hipótesis en entornos controlados gracias al uso de herramientas electrónicas.

-Centro para la Excelencia Matemática: Esta herramienta ofrece ayuda y retroalimentación a los estudiantes cuya formación esté relacionada con esta área. El soporte que se ofrece es diverso pues los estudiantes pueden dar un vistazo a los tutoriales que se encuentran en el inicio de la plataforma. También ofrece consejos y estrategias para la presentación de exámenes

-Centro para la Excelencia Escritural: Este centro provee ayuda para mejorar y reforzar las habilidades en la comunicación escrita. Este centro se compone de una robusta retroalimentación generada por computadora pero que ha sido alimentada en sus bases de datos, en gramática y estilo, por tutores humanos.

-Revisor de Plagio (Plagiarism Checker): Esta herramienta sirve tanto al educando como a la institución dado que sube a la red el documento del estudiante y realiza una revisión cotejando con documentos de internet y con la base de datos ProQuest, identificando si alguno de los párrafos que el estudiante o sus compañeros de clase tiene información en la que hayan dejado de citar al autor. Esto le permite al estudiante revisar su documento antes de enviarlo a su profesor .

-Sistema de Punto de Escritura: Esta herramienta brinda a los estudiantes una retroalimentación de la gramática, puntuación, uso de palabras y estilo.

-Revisión del Tutor: Le permite tener a los estudiantes una revisión de sus documentos por la facultad, a los cuales se les revisa el formato, gramática, puntuación y manejo del lenguaje. Para esta tarea, los tutores tienen un término de 48 horas para dar su retroalimentación. El Centro de redacción ofrece soporte para campus en los que el español es el idioma nativo.

-Tutoriales y Guías: Estas son herramientas que se encuentra por escrito como recursos adicionales para ayudar a los estudiantes a desarrollar sus habilidades en su disciplina específica.

Estas son las herramientas que brinda la Universidad de Phoenix-Arizona a los estudiantes en el desarrollo de sus estudios. En relación con las directrices que gobiernan a este centro educativo, se ven plasmadas en su documento de “Términos y Condiciones”, las cuales se encuentran armonizadas a lo establecido en lo relacionado a la normatividad que se ha hecho mención previamente.

En primera instancia la Universidad deja constancia que “el usuario” acepta las condiciones al momento de acceder y/o usar los servicios, herramientas y/o aplicaciones que se encuentren en la página web del centro educativo, lo que implica un conocimiento de todas las condiciones que rigen al estudiante en dicho centro educativo y asegurándose de esta manera la Universidad que se encuentra cumpliendo con el requisito legal de dar a conocer los la protección a la cual se encuentran sometidas las obras por parte del copyright. Esto es un contrato que queda en firme entre “los usuarios” y la Universidad, siendo éste un contrato de adhesión al decir en el documento que si el usuario no acepta dichos términos y condiciones, no debe usar el sitio web o sus servicios²¹⁶. Así mismo, la Universidad se reserva el derecho de modificar los términos y condiciones publicados en su página web, los cuales entran a regir desde el momento mismo de su publicación por este medio, motivo por el cual recomiendan a sus estudiantes revisar periódicamente este documento.

En materia de propiedad intelectual²¹⁷, la Universidad declara e informa a los usuarios que la página web, los sitios contenidos en ella, las herramientas o servicios que se ofrecen así como todos sus contenidos y otros materiales incluidos en los sitios sin límite alguno, los logos de la Universidad, los textos, diseños, los gráficos y las fotografías, la información, los datos, software, las rutinas, documentación, la tecnología, los archivos de sonidos y demás archivos que en conjunto los llaman “Los Materiales”, son de propiedad de la Universidad, advirtiendo que estos materiales se encuentran protegidos por las leyes de Copyright de los Estados Unidos.

En el marco de la legislación norteamericana, este centro educativo en este documento le confiere o le cede a sus estudiantes o usuarios una licencia limitada bajo condiciones tales como el no poder sublicenciar o ceder dicha licencia, se le permite acceder y usar los sitios y los servicios allí dispuestos, también se les permite el realizar una copia impresa parcial de los materiales que se encuentran

²¹⁶ UNIVERSIDAD DE PHOENIX. Legal Terms. [en línea]. [consultado el 12 de septiembre de 2010]. Disponible en: http://www.phoenix.edu/copyright-legal/terms_and_conditions.html

²¹⁷ COPYRIGHT ACT. 1790. Uso esta denominación debido a que en la legislación norteamericana se usa el Copyright para enmarcar las producciones que se protegen tanto por propiedad industrial como por derechos de autor, además de incluirse en este acápite de los términos y condiciones ambas materias.

en el sitio pero siempre y cuando sea con fines educativos, no comerciales y cuyo uso sea estrictamente personal. Adicionalmente, la licencia conferida se puede sujetar también a términos y condiciones adicionales que pueden ser dados a conocer al momento de emplear el aplicativo o servicio, dependiendo del que use el estudiante. Pero no es únicamente lo expresado anteriormente a lo que el estudiante debe estar atento, dado que se le establecen una serie de prohibiciones que se transcriben a continuación:

- a) Re-vender, alquilar, transferir, prestar, compartir, syndicar o usar comercialmente los sitios y/o servicios de la página web de la Universidad.
- b) Descompilar, usar ingeniería inversa, desensamblar o de cualquier otra manera intentar sacar cualquier código de fuente de los sitios, de los materiales o de los servicios.
- c) Distribuir, interpretar públicamente o presentar al público los sitios, de los sitios de los materiales o de los servicios.
- d) Modificar, adaptar, traducir o crear cualquier obra deriva de los sitios, de los sitios de los materiales o de los servicios.
- e) Usar cualquier forma de extracción de datos, arañas, robots o cualquier otro método de recopilación o extracción.
- f) Descargar, almacenar (en caché) en cualquier forma no transitoria alguna porción de los sitios, del sitio de los materiales, de los servicios o de cualquier otra información contenida allí a excepción de lo expresamente permitido en los dichos sitios.
- g) Remover, desfigurar, ocultar o alterar cualquier copyright, marca comercial u otro aviso del propietario de los derechos puestos o proveídos en conexión con los sitios, los sitios de los materiales o cualquier servicio.
- h) Crear o intentar crear un servicio o producto sustituto o similar para su uso o acceso a través de los sitios, los servicios o cualquier otra información del propietario relacionada.

- i) Usar los sitios, los sitios de los materiales o los servicios para otros propósitos diferentes para los cuales fueron creados.

Dentro de las prohibiciones expresadas en este reglamento se puede observar que busca apoyar normativamente las medidas tecnológicas que sirven para limitar y controlar los usos que puede llevar a cabo el estudiante durante su asistencia al curso virtual. Se destaca este aspecto de los términos y condiciones que se dan a conocer a los estudiantes, ya que se encuentra un ánimo por parte de la institución de mantener la observancia de las disposiciones del copyright, involucrando y promoviendo en su cuerpo estudiantil el respeto por el derecho de autor o copyright para esta legislación.

También se contempla que cualquier uso o intento de uso que se haga sin el previo consentimiento escrito del licenciante, y que se encuentre prohibido o por fuera de los términos descritos, acarreará la terminación de la licencia. Pero no todo concluye en esta consecuencia, según el documento de Términos y Condiciones, la Universidad cuenta con una Política contra los Infractores Reincidentes (Repeat Infringer Policy), apoyándose para esto en la Digital Millenium Copyright Act y en otras leyes, terminando con la cuenta del usuario o del estudiante o limitando su acceso a los sitios, lo cual está a su entera discreción, pero sujetándose siempre a los principios del debido proceso establecidos también en su manual.

En materia de hipervínculos, la Universidad de Phoenix no se hace responsable por la calidad, contenido, naturaleza o responsabilidad de un tercero cuya página web se encuentre conectada a través de un hipervínculo ubicado en alguna de los sitios de la página web de la Universidad. La razón que esgrimen es que tales sitios no se encuentran bajo el control de esta institución educativa, pero la razón de proveer tales hipervínculos estriba en que son estimados como convenientes, aclarando que al ingresar el estudiante a este nuevo espacio, se sujeta a los términos y condiciones de dichos sitios y no por los de la Universidad.

Adicionalmente hace claridad que los estudiantes tienen una licencia limitada y no exclusiva para crear un texto de hipervínculo que publicite sitios pero siempre y

cuando no sea con fines comerciales y que no provea elementos que describan sitios, materiales o servicios de la Universidad de manera engañosa, falsa o en alguna forma difamatoria o que conduzca a material para adultos o a contenido ilegal o cualquier material que a opinión de la Universidad sea ofensivo o de alguna manera objetable. Como medida sancionatoria, la Universidad de Phoenix se reserva el derecho de revocar esta licencia en cualquier momento, recordando la prohibición hecha de manera previa en lo referido a las políticas de copyright, señalando que no pueden usar los estudiantes imágenes, logos y/o marcas comerciales.

Hasta ahora se ha hecho una descripción de cómo cada uno de los países como España y Estados Unidos, así como sus respectivos centros educativos más notables han abordado el desafío que se tiene en materia de derechos de autor y educación virtual, ilustrando las medidas normativas adoptadas en cada uno de los sistemas de protección a los derechos de autor, y las respectivas formas “académicas” de adoptar medidas que respondan a la demanda educativa y a las exigencias normativas de cada uno de sus respectivos países. Se proseguirá entonces a realizar un acercamiento de la situación Colombiana, prestando especial atención a tres centros educativos.

5. LA EDUCACIÓN VIRTUAL Y EL DERECHO DE AUTOR EN COLOMBIA

5.1 PANORAMA DE LA EDUCACIÓN VIRTUAL EN COLOMBIA

En el plano nacional, en nuestra Constitución Política encontramos el derecho a la educación consagrado en el Capítulo II, concerniente a los derechos económicos, sociales y culturales. El artículo 67 establece al respecto:

“La educación es un derecho de la persona y un servicio público que tiene una función social; con ella se busca el acceso al conocimiento, a la ciencia, a la técnica, y a los demás bienes y valores de la cultura.

La educación formará al colombiano en el respeto a los derechos humanos, a la paz y a la democracia; y en la práctica del trabajo y la recreación, para el mejoramiento cultural, científico, tecnológico y para la protección del ambiente.

El Estado, la sociedad y la familia son responsables de la educación, que será obligatoria entre los cinco y los quince años de edad y que comprenderá como mínimo, un año de preescolar y nueve de educación básica.

La educación será gratuita en las instituciones del Estado, sin perjuicio del cobro de derechos académicos a quienes puedan sufragarlos.

Corresponde al Estado regular y ejercer la suprema inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos; garantizar el adecuado cubrimiento del servicio y asegurar a los menores las condiciones necesarias para su acceso y permanencia en el sistema educativo.

La Nación y las entidades territoriales participarán en la dirección, financiación y administración de los servicios educativos estatales, en los términos que señalen la Constitución y la ley.”

Colombia al haber puesto en rango constitucional este derecho, ha adquirido compromisos que debe asumir para alcanzar y garantizar su efectividad. Por esto, y siendo conscientes de las limitaciones del Estado, nuestra Carta Magna le da la posibilidad a los particulares de fundar establecimientos educativos pero siempre y cuando funcionen bajo los parámetros establecidos por la ley²¹⁸.

Este compromiso que tiene el Estado colombiano para con su pueblo, no se limita o enmarca únicamente a lo consagrado en su Carta Política, sino que se eleva a un rango internacional, más exactamente en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Colombia, al haber adoptado este Protocolo, se ha obligado a que la educación superior debe hacerse accesible a todos de manera progresiva, sobre la capacidad de cada uno y por cuantos medios sean apropiados²¹⁹. Esto implica que dentro de los medios apropiados para ello se puede incluir la educación en línea que, sea dicho, es un fenómeno que ha cobrado fuerza en nuestro país.

Como desarrollo de lo exigido por este protocolo, la Ley 115 de 1994, Ley General de Educación, en su artículo 45 creó el Sistema Nacional de Educación Masiva, en el que se establecen como aptos para su ejecución los medios electrónicos de comunicación o transmisión de datos, con lo cual se busca cumplir su función y fin esencial de promover la educación en Colombia por todos los medios idóneos para ello.

Al realizar un acercamiento de cómo se ha venido dando el fenómeno de la educación en línea y el impacto de las nuevas tecnologías en Colombia, podemos observar que en 1997, el total de alumnos matriculados bajo la modalidad de “educación superior a distancia” era de 77.933 alumnos, es decir el 10% del total de matriculados en la educación superior del país.²²⁰ En el año 2001, el 52% de

²¹⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. artículo 68.

²¹⁹ PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Protocolo de San Salvador. artículo 13, literal c.

las instituciones que ofrecían programas de educación en línea eran instituciones universitarias, el 8% instituciones tecnológicas y 40% las universidades. Según la encuesta realizada por Facundo Angel, reporta que el número de alumnos virtuales frente al número total de alumnos presenciales en las mismas instituciones es 21.6 veces inferior²²¹. Según el DANE, en su medición sobre las TICs, en los sectores público, productivo industria manufacturera, comercial, servicios y microestablecimientos, educativo, sea educación formal regular y educación superior, y comunidad hogares y personas, estimó que el total de computadores en estos sectores está alrededor de 1'766.000, de los cuales 1'649.000 (93.4%) están en uso y de éstos, 737.000 (44.7%) están conectados a Internet²²². Igualmente, el servicio de Internet más utilizado en todos los sectores es el correo electrónico, en la que su uso varía: 71,6% en microestablecimientos y 95,9% en el Estado, le siguen el uso libre con 84,2% en educación superior y 46,7% en hogares²²³.

En el boletín de prensa emitido por el DANE el pasado 25 de marzo de 2009, en el cual se dieron a conocer los indicadores básicos del uso y penetración de las tecnologías de la información y comunicación en Colombia, se puede observar que, según la medición hecha con base en 24 ciudades y áreas metropolitanas y aplicado a personas de 5 años de edad en adelante, son las edades susceptibles de asistir a centros educativos las que presentan un mayor uso del computador²²⁴. Según este boletín de prensa, del total de personas encuestadas, el 92.0% utilizó internet para búsqueda de información, mientras que un 50.6% lo usó para

²²⁰ GONZÁLEZ, Luis José, et. al. La Educación Superior a Distancia en Colombia. Visión Histórica y Lineamientos para su Gestión. Bogotá : ICFES, 2000. 25 p.

²²¹ FACUNDO D., Angel H. La Educación Superior Virtual en Colombia. UNESCO e Instituto Internacional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe – IIESALC. Bogotá, 2003. 27 p.

²²² DANE – Departamento Administrativo Nacional de Estadística; Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC. Estadísticas e indicadores del sector comunidad, Resumen Ejecutivo, Bogotá, 2003.

²²³ Ibid.

²²⁴ DANE - Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Boletín de Prensa del 25 de marzo de 2009. Indicadores Básicos de Tecnologías de la Información y la Comunicación TIC. 13 p.

actividades relacionadas con la educación y el aprendizaje, siendo las ciudades con mayores índices de utilización para estos fines Quibdó (78.2%), Manizales (68.1%), Armenia (64.8%) y Cartagena (63.1%), apareciendo curiosamente Bogotá con un 44.9%, es decir, figurando 14 ciudades después de Cartagena. Estas cifras son, sin lugar a dudas, un elemento muy diciente de las tendencias educativas más recientes.

Actualmente se ha puesto al servicio de la infraestructura de la educación en línea y como parte del Programa Nacional de Uso de Medios de Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación del Plan Sectorial “La Revolución Educativa 2002-2006” del Ministerio de Educación Nacional, tres herramientas que son: el portal Colombia Aprende, el cual fue creado el 24 de mayo de 2004 y concebido como un banco de recursos educativos al servicio de todos los sujetos involucrados en este proceso tales como estudiantes, docentes, investigadores, directivos, la familia y la comunidad²²⁵; los Centros Comunitarios de Educación Superior (CCES) en los cuales según su propia página de Internet se denomina como “un lugar dotado de infraestructura tecnológica de información y comunicación, en el cual la comunidad puede acceder a programas de educación superior profesional, tecnológica y técnica, ofrecido por las instituciones de educación superior.”²²⁶ Según su portal en la red, la metodología implementada por este proyecto será a través de cursos virtuales y semipresenciales, previa capacitación para el correcto manejo de los recursos, familiarización con los mismos y así lograr un mejor aprovechamiento de la nueva metodología que se está implantando. Finalmente La Red Académica Nacional de Alta Velocidad²²⁷. El objetivo de ésta última es que las universidades compartan en línea todo el conocimiento de tipo académico. Hoy día algunas universidades ya cuentan con

²²⁵ MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Portal Colombia Aprende. [en línea]. [consultado el 14 de noviembre de 2006]. Disponible en www.colombiaaprende.edu.co

²²⁶ PROYECTO CES. Cartilla ¿Qué es el proyecto CES?. [en línea]. [consultado el 14 de noviembre de 2006]. Disponible en www.ces.edu.co/

²²⁷ MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Portal Colombia Aprende. En : Universidades de Alta velocidad. Redes que innovan. [en línea]. [consultado el 14 de noviembre de 2006]. Disponible en www.colombiaaprende.edu.co/html/directivos/1598/article-75519.html. La Red Académica Nacional de Alta Velocidad es un proyecto del Ministerio de Educación Nacional y de la Agenda de Conectividad del Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicación. Incluye tres fases: la primera es de conexión nacional, la segunda de conexión internacional y la tercera busca permitir el acceso a las instituciones que no ingresaron en la primera fase.

una red propia que les permite realizar diferentes actividades académicas tales como videoconferencias –tal fue el caso en el lanzamiento de las licencias Creative Commons, la cual fue difundida en Colombia a través de la Red Nacional de Tecnología Avanzada (RENATA) del Politécnico Grancolombiano el pasado 22 de agosto de 2006-. Algunas de las Redes Académicas Regionales que se encuentran funcionando son: Red Universitaria del Valle del Cauca RUAV, en www.ruav.edu.co, Red Universitaria Metropolitana de Barranquilla RUMBA, en www.redrumba.edu.co, Red Universitaria Metropolitana de Bogotá RUMBO, en www.redrumbo.edu.co, Red Universitaria Metropolitana de Bucaramanga UNIRED, en www.unired.edu.co.

Según el Plan Sectorial de 2006 – 2010 del programa Revolución Educativa, es ahora que se ha pasado a una segunda fase que es el de la ampliación de la cobertura del servicio educativo en línea, sin descuidar elementos claves contemplados en el plan tales como la calidad y la pertinencia, los cuales en conjunto son los que posibilitan una educación que busque el mejor desempeño de los estudiantes además de responder a la necesidad de aumentar la productividad de las personas frente a un mercado laboral altamente competitivo. Dentro de las estrategias para aumentar el acceso a la educación superior, se encuentra la descentralización de la oferta educativa, buscando así que se aumentara el margen de municipios con ofertas de programas de educación superior para la población. Para lograr esto, se ha contemplado la inclusión de las tecnologías de la información y la comunicación, siendo éstas las herramientas claves en el desarrollo del plan, teniendo en cuenta que *“según el SNIES, el 9% de los programas de educación superior en Colombia son a distancia, y de estos, 38 programas cuentan con más de 80% de virtualidad”²²⁸*.

De esta manera, las instituciones educativas al haber cobrado conciencia de los beneficios de estos avances en las tecnologías de la comunicación y la información, han venido ampliando su cobertura en el ofrecimiento de programas educativos virtuales o en línea, para lo cual, a falta de reglamentación específica, se han venido acogiendo a la reglamentación general de la Ley de Educación Superior, Ley 30 de 1992.

²²⁸ MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Plan Sectorial 2006-2010. Documento No.8. 23 p.

Ante el incremento de cursos y alumnos a través de esta modalidad, se hace cada vez más necesaria la observancia de los derechos de los autores en Internet, ya que la difusión de materiales que son susceptibles de protección por el derecho de autor se hace cada vez mayor y difícil de controlar si no se toman las medidas no sólo normativas, sino técnicas necesarias para ello.

5.1.1 Ley penal colombiana. La primera respuesta de Colombia ante las obligaciones contraídas en virtud del Tratado OMPI de 1996 de Derechos de Autor fue consagrada en la Ley 599 de 2000 o Código Penal Colombiano, en el Título VIII, el cual es un capítulo único que se refiere a los delitos contra los derechos de autor, más exactamente los artículos 270 a 272. En lo que nos concierne, el artículo 271 establece que cualquier persona incurre en el delito de defraudación a los derechos patrimoniales de autor si:

“1. Por cualquier medio o procedimiento, sin autorización previa y expresa del titular, reproduzca obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

5. Disponga, realice o utilice, por cualquier medio o procedimiento, la comunicación, fijación, ejecución, exhibición, comercialización, difusión o distribución y representación de una obra de las protegidas en este título, sin autorización previa y expresa de su titular.”

La pena establecida por este delito en la ley 599 de 2000 era prisión de 2 a 5 años y multa de 20 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes. No obstante, la ley 1032 de 2006 modificó los artículos 271 y 272 del código penal, gracias a la cual no sólo se protegen los derechos patrimoniales de autor, sino también los derechos conexos, aumentándose la pena de prisión de 4 a 8 años y la multa de 26.66 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, además de suprimirse el fragmento en el que se tenía como requisito para la tipificación el que se hiciera la reproducción sin autorización previa y expresa del titular. El artículo 271, numeral 1, quedó de la siguiente manera:

1. Por cualquier medio o procedimiento, reproduzca una obra de carácter literario, científico, artístico o cinematográfico, fonograma, videograma, soporte lógico o programa de ordenador, o, quien transporte, almacene, conserve, distribuya, importe, venda, ofrezca, adquiera para la venta o distribución, o suministre a cualquier título dichas reproducciones.

Cabe anotar que el elemento de la “autorización” permite romper la configuración del tipo e indicar que esta puede ser posterior o anterior, situación que precisamente quiso reconocer la nueva norma.

A su vez, el artículo 272 estableció una protección jurídica a las medidas técnicas de protección bajo las cuales se encuentre una obra, teniendo como pena por este tipo de infracción una multa quien:

“1. Supere o eluda las medidas tecnológicas adoptadas para restringir los usos no autorizados.

2. Suprima o altere la información esencial para la gestión electrónica de derechos, o importe, distribuya o comunique ejemplares con la información suprimida o alterada.”

Así como se incrementó la pena contemplada en el artículo 271, el artículo 272 tuvo un cambio bastante radical ya que pasó de una multa a tener prisión de 4 a 8 años y su multa pasó a ser de 26.66 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, incluyéndose aquí también las medidas técnicas de protección que adopten sobre sus obras no sólo los titulares de derechos de autor sino los titulares de derechos conexos.

Esta ha sido la primera respuesta del legislador ante las tecnologías de la información y la comunicación, la cual, vale la pena decir, es insuficiente y se queda realmente corta dado que se limita sólo a condenar los usos o explotaciones no autorizadas o las elusiones de las medidas técnicas de protección, dejando al margen el papel que juegan los nuevos actores, las nuevas nociones, objetos y situaciones que han surgido, los cuales como se ha visto, no

se pueden concebir jurídicamente de la misma forma en que se concibe por medios análogos.

5.1.2 LEY 1341 DE 2009 – LEY TIC. Colombia hasta el año de 2009, toma medidas legislativas que sientan las bases para dar una verdadera respuesta a las nuevas situaciones del entorno digital. Es a través de esta Ley que se da el marco general de regulación de las políticas públicas relacionadas con las Tecnologías de la Información y la Comunicación. En esta normativa se define la nueva estructura que viene a estar vigilante de los recursos utilizados por las nuevas tecnologías tal como lo es el espectro radioeléctrico, así como los servicios de telecomunicaciones, además de redefinir la estructura administrativa del antes llamado “Ministerio de Comunicaciones” y ahora “Ministerio de las Tecnologías de la Información y la Comunicación” entre otras cosas.

El hecho que se tenga en cuenta esta ley está dado por la incidencia que tiene sobre los medios utilizados para acceder a la educación, además de ser estos otra herramienta que permite una amplia y rápida difusión de obras protegidas por el derecho de autor. Lo que se acaba de expresar, no es ajeno a los principios orientadores contemplados en el artículo 2 en el que se encuentra lo siguiente:

“La investigación, el fomento, la promoción y el desarrollo de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones son una política de Estado que involucra a todos los sectores y niveles de la administración pública y de la sociedad, para contribuir al desarrollo educativo, cultural, económico, social y político e incrementar la productividad, la competitividad, el respeto a los derechos humanos inherentes y la inclusión social.

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones deben servir al interés general y es deber del Estado promover su acceso eficiente y en igualdad de oportunidades, a todos los habitantes del territorio nacional.”

Dentro de estos principios el numeral 7 que trata el derecho a la comunicación, la información, la educación y los servicios básicos de las TIC, se tiene como punto

de articulación a lo contenido en los artículos 20 y 67 de la Constitución Nacional, teniendo en cuenta que se debe garantizar un mayor acceso a través de estas tecnologías a la educación, el conocimiento y a la cultura.

Más allá de lo mencionado, esta ley le permite la entrada al sistema normativo colombiano a un actor clave como lo es el “Proveedor de Redes y Servicios”, el cual se encuentra definido en el decreto 4948 de 2009 en su artículo 3:

“Se entiende por proveedor de redes y/o de servicios de telecomunicaciones la persona jurídica responsable de la operación de redes y/o de la provisión de servicios de telecomunicaciones a terceros. En consecuencia todos aquellos proveedores habilitados bajo regímenes legales previos se consideran cobijados por la presente definición.”

En el mismo sentido la legislación europea en su Directiva 2000/31/CE o Directiva sobre comercio electrónico, ha definido al prestador de servicio de la siguiente manera: *“cualquier persona física o jurídica que suministre un servicio de la sociedad de la información”²²⁹*

²²⁹ Se debe entender por servicio de la sociedad de la información lo contenido en el artículo 1, numeral 2) de la Directiva europea 98/48/CE: *“Todo servicio de la sociedad de la información, es decir, todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios.*

A efectos de la presente definición, se entenderá por:

- a distancia, un servicio prestado sin que las partes estén presentes simultáneamente;
- por vía electrónica, un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético;
- a petición individual de un destinatario de servicios, un servicio prestado mediante transmisión de datos a petición individual.

En el anexo V figura una lista indicativa de los servicios no cubiertos por esta definición.

La presente Directiva no será aplicable:

- a los servicios de radiodifusión sonora,
- a los servicios de radiodifusión televisiva contemplados en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 89/552/CEE.”

A su vez, tal y como lo vimos anteriormente, la legislación norteamericana lo ha definido en la Digital Millenium Copyright Act de 1998, Sección 512 k)1)A)²³⁰ como:

“entidad que ofrece la transmisión, enrutamiento, o la prestación de conexiones para comunicaciones digitales en línea, entre los puntos especificados por el usuario, de material elegido por el usuario, sin modificación al contenido del material tanto recibido como enviado.”

Como lo podemos ver, hasta el año 2009 se reconoce por el legislador colombiano la existencia de un actor que tiene un papel fundamental en lo que comprende el servicio de internet, un actor que fue reconocido varios años atrás en la legislación europea y norteamericana. La importancia a la que tanto se hace mención es debido a que el proveedor de servicio puede tener una responsabilidad en el tráfico de la información que él mismo hace posible ya que puede, además de identificar y almacenar datos de sus usuarios, ejercer un control acerca de las personas que acceden a través de ellos a internet, ubicarlos físicamente y/o conocer sus conductas en la red, es decir, las actividades que desarrolla como las páginas que consulta y descargas por ejemplo. Es esto lo que ha sido regulado y desarrollado en la normativa europea y norteamericana, cada una con sus particularidades en cuanto a la responsabilidad y tipo de responsabilidad exigida. Vale la pena aclarar que este punto es de discusión en el ámbito colombiano porque todavía no se tiene una legislación que lleve a regular este último punto que se ha expuesto, el cual se dejará apenas como una breve mención.

²³⁰ DMCA, § 512 k) DEFINITIONS.—

1) SERVICE PROVIDER.—A) As used in subsection a), the term ‘service provider’ means an entity offering the transmission, routing, or providing of connections for digital online communications, between or among points specified by a user, of material of the user’s choosing, without modification to the content of the material as sent or received.

B) As used in this section, other than subsection a), the term ‘service provider’ means a provider of online services or network access, or the operator of facilities therefor, and includes an entity described in subparagraph A).

5.2 NORMATIVIDAD AUTORAL VIGENTE EN COLOMBIA

5.2.1 Ley 23 de 1982. Tal y como se ha expuesto a lo largo del presente documento, el derecho de autor tiene sus bases normativas en el Convenio de Berna, y la actual Ley de derechos de autor vigente en Colombia no es la excepción. En esta Ley se consagra la protección a la que tienen derecho los autores de todas las diferentes creaciones literarias, artísticas, musicales y/o científicas²³¹. En la legislación colombiana no se define la palabra “autor” pero señala que son titulares de los derechos que se reconocen en ella: el autor, el artista intérprete o ejecutante, el productor fonográfico, el organismo de radiodifusión, los causahabientes y las personas naturales o jurídicas que mediante contrato obtenga la titularidad. Esto sin perjuicio que la titularidad de los derechos patrimoniales se transfiera a una persona distinta del autor.

En relación con las limitaciones y excepciones, que es lo que nos compete en el presente escrito, también se sigue la línea que traza el Convenio de Berna propendiendo por un “equilibrio” de derechos en el cual las personas puedan acceder a obras literarias y artísticas para su educación sin llegar a transgredir los derechos de los autores. Al respecto, el Capítulo III que trata acerca de las limitaciones y excepciones al derecho de autor, contempla dentro de su articulado la posibilidad de utilizar las obras en fragmentos, transcribiendo lo necesario sin que sea una reproducción simulada o sustancial y siempre y cuando se mencione al autor y el título de la obra, en otras palabras, se consagra el derecho de cita²³². Este derecho, tal y como lo hemos visto, se encuentra en las diferentes

²³¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-924 de 2000. M.P. Carlos Gaviria Díaz. Según la Corte Constitucional *“La protección de la propiedad intelectual es una tarea de importancia crucial para el fomento de la creatividad y el talento nacionales, en la medida en que garantiza que el trabajo creador del artista o del científico no será objeto de apropiación ni aprovechamiento indebidos por parte de terceros.”*

²³² COLOMBIA. Ley 23 de 1982. artículo 31. *“Es permitido citar a un autor transcribiendo los pasajes necesarios, siempre que éstos no sean tantos y seguidos que razonablemente puedan considerarse como una reproducción simulada y sustancial, que redunde en perjuicio del autor de la obra de donde se toman. En cada cita deberá mencionarse el nombre del autor de la obra citada y el título de dicha obra. ...)”*

legislaciones, el cual es una excepción considerada dentro de lo razonable para los fines educativos. Este derecho, así como aparece expresado, se encuentra vigente aún en el entorno digital.

Posteriormente el artículo 32²³³ establece el derecho de *“utilizar obras a título de ilustración en obras destinadas a la enseñanza”*, pero la norma fija como límite el que esa utilización sea dada por los fines propuestos. Esto no excluye el derecho de cita establecido en el artículo inmediatamente anterior.

Estas dos son las limitaciones y excepciones que se tienen dentro de esta normativa cuando hacemos referencia al derecho de autor y a la educación en lo relacionado con la utilización de obras. Al observar detenidamente la última norma citada, establece una autorización para reproducir obras o fragmentos de ellas para fines de enseñanza mediante unas formas que enuncia el artículo, lo cual es de bulto una limitante bastante grande en la educación virtual a distancia y más cuando hablamos de reproducciones temporales en memoria RAM, lo que a oda luz no es tenido en cuenta dentro del ya bastante descontextualizado artículo 32.

5.2.2 Decisión 351 de 1993. Como vimos anteriormente, esta normativa de la Comunidad Andina de Naciones suspende los aspectos regulados en Colombia en su Ley 23 de 1982. A diferencia de la legislación colombiana, la Decisión 351 define en el artículo 3 qué se debe entender por autor, que en sus términos es *“la persona física que realiza la creación intelectual.”*

Es obvio que con el pasar de los años se tenga en cuenta nuevas formas de expresión y de plasmarlas en nuevas creaciones como lo ha sido con el software,

²³³ Ibíd., artículo 32. *“Es permitido utilizar obras literarias o artísticas o parte de ellas, a título de ilustración en obras destinadas a la enseñanza, por medio de publicaciones, emisiones de radiodifusión o grabaciones sonoras o visuales, dentro de los límites justificados por el fin propuesto, o comunicar con propósitos de enseñanza la obra radiodifundida para fines escolares, educativos, universitarios y de formación profesional sin fines de lucro, con la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas.”*

soporte lógico o programa de ordenador, el cual se encuentra definido también en el artículo 3:

“Expresión de un conjunto de instrucciones mediante palabras, códigos, planes o en cualquier otra forma que, al ser incorporadas en un dispositivo de lectura automatizada, es capaz de hacer que un ordenador -un aparato electrónico o similar capaz de elaborar informaciones-, ejecute determinada tarea u obtenga determinado resultado. El programa de ordenador comprende también la documentación técnica y los manuales de uso.”

El software indudablemente, es parte fundamental en todo el proceso tecnológico que implica la educación virtual porque gracias a él se pueden realizar todos los procesos tecnológicos que se han mencionado tales como gestionar un banco de datos, disponer de medidas de seguridad, tener una plataforma para la educación en la que se posibiliten consultas, revisiones, comunicaciones sincrónicas y asincrónicas, etc.

Para la Decisión Andina, en su Capítulo VII que trata de las limitaciones y excepciones, aborda igual que en la Ley 23 de 1982 el derecho de cita en su artículo 22, literal a), pero incluyendo en su texto la noción de “usos honrados”, el cual como ya vimos, implica una carga subjetiva en la apreciación que se pueda tener de lo que es un “uso honrado”. El derecho de cita es un derecho que es aplicable sin importar el entorno, ya que éste no necesita una adaptación normativa especial para su ejercicio, sino simplemente el cumplimiento de nombrar la fuente y el autor del texto que se está utilizando, siendo esto exigible y totalmente aplicable en la educación virtual sin necesidad de una adaptación de la norma.

En lo que se refiere a los fines de enseñanza, la norma andina es más generosa que la colombiana al permitir no el uso para ilustrar un punto en el tema a desarrollar por los educadores, sino que permite la reproducción de los textos con los que se pretenden estos fines educativos. El artículo 22 del literal b) establece lo siguiente:

Reproducir por medios reprográficos para la enseñanza o para la realización de exámenes en instituciones educativas, en la medida justificada por el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos o colecciones periódicas, o breves extractos de las obras lícitamente publicadas, a condición que tal utilización se haga conforme a los usos honrados y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.

Como se puede observar, la reproducción no es permitida por cualquier medio y para cualquier tipo de obra, se hace referencia explícita a que el tipo de reproducción permitida es el de la reproducción reprográfica o fotocopia, y se alude a que las obras que se encuentran en soporte papel. Se puede decir que hasta hace unos años atrás, esta excepción cubría un punto importante ya que los centros universitarios normalmente albergan a su alrededor centros de fotocopiado que a su vez, y en observancia a esta normativa que no es excluyente en relación a la colombiana, deben cumplir con una reglamentación de la cual está a cargo el CDR (Centro Colombiano de Derechos Reprográficos). No debemos olvidar que por el principio de aplicación preeminente, es la normatividad de la Decisión Andina la que se aplica en Colombia para este caso.

5.2.3 Tratado OMPI de Derechos de Autor de 1996. Colombia adoptó este Tratado gracias a la Ley 565 de 2000, luego de ser declarado exequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1183 de 2000, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa²³⁴ y

²³⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1183 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Para la Corte Constitucional “El objeto y fin del presente Tratado deben entenderse dentro del contexto del Convenio de Berna, como una adecuación de la protección brindada por éste a las diversas facetas que presenta sobre las cuales tiene injerencia el surgimiento de un nuevo entorno tecnológico. Estas facetas tienen su más inmediata repercusión sobre las posibilidades de comunicación de datos. Constituyen un factor de riesgo para los autores de obras artísticas y literarias, pero, a su vez, también son un medio de difusión altamente eficiente y generalizado, que permite el acceso inmediato a sus obras por parte de un público cada vez mayor. El Tratado objeto de estudio incluye como obras literarias a los programas de ordenador y como creaciones de carácter intelectual a las compilaciones de datos, dándoles el mismo tratamiento que reciben aquellas previamente incluidas dentro de las categorías del artículo 2º del Convenio de Berna. Este reconocimiento a tales expresiones, como producto del trabajo del intelecto humano, está en concordancia con el mandato del artículo 25 de la Constitución Política de proteger el trabajo “en todas sus modalidades”.

siendo el depositario el Director General de la OMPI comprometiéndose a desarrollar las diferentes medidas necesarias para adaptarse a los nuevos requerimientos del entorno digital. Creo que se debe tener claro que esta adaptación no implica solamente un desarrollo legislativo, sino también un cambio conceptual y también un ajuste a las diferentes instituciones²³⁵ existentes, tal y como se evidencia en el clásico concepto de reproducción, el cual ha tenido que aclararse para amoldarse a las nuevas formas de reproducción como lo es la reproducción temporal.

Como se comentó previamente, este Tratado buscó aclarar las interpretaciones que se deben tener de las normas autorales comunes, reconociéndose así el impacto de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, además de traducirse esto en una atmósfera de seguridad para las obras, lo que desemboca en un incentivo para la actividad creadora.

Este Tratado deja de manera expresa en su artículo 4²³⁶ que los programas de ordenador son protegidos por el derecho de autor como si fueran obras literarias, siendo esto una confirmación de lo que ya se tenía en Colombia gracias a la Decisión Andina 351 de 1993. Esta protección se considera trascendental -a pesar que se debata acerca de que el amparo del software debe ser objeto de patentes y no de derechos de autor- debido a que este tipo de obras conforman la estructura que sostiene todo el entorno digital, los programas son los que definen lo que podemos o no podemos hacer, los que posibilitan nuevos medios, mecanismos, formatos, etc.

Así mismo, se ha visto la necesidad de aclarar los conceptos relacionados con la protección de las “compilaciones de datos” o bases de datos, y la “comunicación al

²³⁵ Respecto a las instituciones, tal y como se dijo anteriormente, la reestructuración del Ministerio de Comunicaciones ha sido uno de los pasos que se ha dado para responder a las exigencias del entorno digital.

²³⁶ OMPI. Tratado OMPI de Derechos de Autor de 1996. artículo 4, Programas de Ordenador: “Los programas de ordenador están protegidos como obras literarias en el marco de lo dispuesto en el Artículo 2 del Convenio de Berna. Dicha protección se aplica a los programas de ordenador, cualquiera que sea su modo o forma de expresión.”

público. El primero estaba protegiendo, en principio, la forma en que se disponían datos, siempre y cuando este esfuerzo creativo se tradujera en una nueva creación intelectual, a lo que el artículo 5²³⁷ del Tratado OMPI aclara que es aplicable en el entorno digital a las bases de datos. En cuanto al segundo concepto, se debe decir que desde lo establecido en el Convenio de Berna, ha tenido una confirmación que se traduce en medios, ya que no se habla ya de una posibilidad de difundir una obra “*por hilo o sin hilo*” sino que ya se mencionan los medios alámbricos o inalámbricos para este fin, en el momento y lugar que elija²³⁸ el público. Cabe mencionar que tanto en la Ley 23 de 1982 como en la Decisión Andina 351, art. 76 literal D. y art.15 respectivamente, en sus conceptos de “comunicación al público”, van ampliando el espectro en cuanto a lo que se protege y a las formas de difundir las obras, debido a que antes solo se mencionaban las obras escénicas, la recitación o declamación, la radiodifusión sonora y/o audiovisual, ampliándose posteriormente a las señales de satélite, obras cinematográficas y dejando se abierta la norma a los diferentes medios conocidos o por conocerse que tengan esta finalidad.

En cuanto a las limitaciones y excepciones en el entorno digital art. 10), se dejó a libertad de las Partes Contratantes el adoptar nuevas limitaciones que respondan a las exigencias del nuevo entorno. El desarrollo de nuevas limitaciones y excepciones se encuentra condicionado al cumplimiento de la regla de los tres pasos, la que ya se ha mencionado y aclarado previamente. En el caso colombiano es claro que no existe un desarrollo al respecto, lo cual deja un vacío que claramente la normatividad actual no puede cubrir.

²³⁷ Ibíd. art. 5, Compilaciones de Datos (Bases de Datos): “*Las compilaciones de datos o de otros materiales, en cualquier forma, que por razones de la selección o disposición de sus contenidos constituyan creaciones de carácter intelectual, están protegidas como tales. Esa protección no abarca los datos o materiales en sí mismos y se entiende sin perjuicio de cualquier derecho de autor que subsista respecto de los datos o materiales contenidos en la compilación.*”

²³⁸ Ibíd. art. 8, Derecho de Comunicación al Público: “*Sin perjuicio de lo previsto en los Artículos 11.1)ii), 11bis.1)i) y ii), 11ter.1)ii), 14.1)ii) y 14bis.1) del Convenio de Berna, los autores de obras literarias y artísticas gozarán del derecho exclusivo de autorizar cualquier comunicación al público de sus obras por medios alámbricos o inalámbricos, comprendida la puesta a disposición del público de sus obras, de tal forma que los miembros del público puedan acceder a estas obras desde el lugar y en el momento que cada uno de ellos elija.*”

La única respuesta legislativa en Colombia a este Tratado tal y como se mencionó previamente, ha sido en el campo del derecho penal respecto a los artículos 11 y 12 que tratan de la obligación de brindar protección jurídica a las medidas técnicas de protección y a la información de gestión de derechos.

A continuación se expondrán extractos de la entrevista realizada a quien en dicho momento fue el director general de la Dirección Nacional de Derechos de Autor en Colombia²³⁹, haciéndose énfasis en la importancia de conocer la posición de esta entidad, lo cual es crucial ya que es ésta quien determina las políticas nacionales al respecto.

5.3 Dirección Nacional de Derechos de Autor²⁴⁰. La Dirección Nacional de Derechos de Autor, en adelante DNDA, se creó gracias al Decreto 2041 de 1991 como Unidad Administrativa Especial con autonomía administrativa, patrimonial y con personería jurídica, adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia. Dentro sus funciones se encuentran:

- *“Diseño, dirección, administración y ejecución de las políticas gubernamentales en materia de derechos de autor y derechos conexos.*
- *Administrar el registro nacional de las obras literarias y artísticas, y de los actos o contratos vinculados con el derecho de autor y los derechos conexos.*
- *Ejercer la inspección y vigilancia sobre las sociedades de gestión colectiva de derecho de autor y derechos conexos.*
- *Recomendar la adhesión y procurar la ratificación y aplicación a los tratados internacionales sobre derecho de autor y derechos conexos.*
- *Dictar las providencias necesarias con el objeto de cumplir los acuerdos internacionales sobre derecho de autor y derechos conexos.*

²³⁹ Se aclara que al momento de realizar esta entrevista, Fernando Zapata López desempeñaba el cargo de Director General de la DNDA en Colombia.

²⁴⁰ MINISTERIO DEL INTERIOR. Dirección Nacional de Derechos de Autor. [en línea]. [consultado el 30 de enero de 2011]. Disponible en www.derechodeautor.gov.co

- *Capacitar y difundir el conocimiento del derecho de autor y los derechos conexos.”*

El ámbito para el ejercicio de sus funciones es el territorio colombiano. Como podemos ver, es esta entidad la encargada de determinar las políticas en esta materia en nuestro territorio, además de promover una cultura hacia el respeto de los derechos de los autores como un concepto que genera trabajo en las diferentes cadenas productivas.

Hecha esta pequeña introducción del importante papel que cumple esta entidad en el desarrollo y adopción de políticas relacionadas con el derecho de autor y los derechos conexos, se llevó a cabo una entrevista con Fernando Zapata López, quien en dicho momento se desempeñaba como Director General de la DNDA, a quien se le plantearon diferentes inquietudes relacionadas con la temática objeto de estudio del presente trabajo.

5.3.1 Entrevista a Fernando Zapata López. Teniendo en cuenta las funciones que desarrolla esta entidad, se procedió a consultar con su Director General en el 2009. Al iniciar la entrevista se le contextualizó acerca del tema de investigación.

Debido al auge de los cursos virtuales y ofertas, fácilmente uno puede encontrar en el correo ofertas desde pregrado o postgrado hasta niveles de especialización y doctorado en España y en Estados Unidos. En Colombia en lo que se refiere a materiales educativos existe sólo la limitación y excepción en la que se contempla la reprografía. En el año 2000, se aprobó el tratado en el cual Colombia adopta la obligación de desarrollar la normatividad y después de casi 10 años todavía no existe el desarrollo o por lo menos un proyecto como tal de público conocimiento.

Teniendo en cuenta que en Colombia se están ofreciendo cursos virtuales por las diferentes universidades públicas y privadas, ¿cree aplicable la actual normatividad de derechos autor sobre limitación y excepciones al entorno visual en el ámbito educativo?

Ante este planteamiento, aclaró que la pregunta ameritaba varias respuestas:

“La primera, es cierta, que el tratado del año 96 plantea que los países miembros tienen la posibilidad de plantear limitaciones y excepciones a ese entorno digital es decir que no son sólo las limitaciones y excepciones impuestas en el marco del convenio de Berna, como lo conocemos, sino que es posible también extender estas mismas limitaciones a un entorno digital claramente para contextualizar bien. Podríamos perfectamente leer como por ejemplo el Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor del año 96, en el artículo 10 dice *“Las Partes Contratantes podrán prever, en sus legislaciones nacionales, limitaciones o excepciones impuestas a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas en virtud del presente Tratado en ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*. Y en un segundo párrafo dice *“Al aplicar el Convenio de Berna, las Partes Contratantes restringirán cualquier limitación o excepción impuesta a los derechos previstos en dicho Convenio a ciertos casos especiales que no atenten a la explotación normal de la obra ni causen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor”*.”

“Hasta aquí no hemos leído nada sobre el entorno digital, como el Tratado mismo no dice que es el Tratado de Derecho de Autor para el entorno digital, aquí lo que pasa es que se refieren a algunos aspectos de los derechos exclusivos en relación con ese entorno por ejemplo que es lo que sucede con el derecho de comunicación pública exactamente y la declaración concertada que se le hace al numeral 4 del art 1 en donde dice que se entenderá también como reproducción el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico, por eso aquí nos encontramos en el artículo 10 es una declaración que está contenida en el numeral 16 dice: *Declaración concertada respecto al artículo 10 sobre limitaciones y excepciones, “ queda entendido que las disposiciones del Artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente, deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital”*.

“Entonces dijéramos que esta primera parte lo que trata es de precisar que las limitaciones y excepciones a los derechos exclusivos de los autores que se impongan en el entorno digital, sea siguiendo los parámetros del Convenio de Berna, que no son otros que satisfacer intereses como la educación, la cultura y la información, entonces dicho esto puede uno hacer un juicio o examen de las limitaciones y excepciones que en Colombia tenemos que como bien sabemos el intérprete debe tener un cuidado de observar como se dice en el artículo 22 de la Decisión Andina 351 de 1993, y las que no estén contenidas acá y hagan parte del artículo 31 de la ley 23 de 1982, por esa remisión que hace el artículo 21 de la Decisión 351 a la Legislación Nacional en materia de limitaciones y excepciones. En el artículo 22 de la Decisión 351 uno encontraría un primer derecho con fines de educación, cultura, y está construido de forma tal que no cabe duda que ese derecho de cita o esta prerrogativa puede ser utilizada por el usuario de la misma en cualquier entorno analógico o digital, porque dice, *“Citar en una obra, otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, a condición que tales citas se hagan conforme a los usos honrados y en la medida justificada por el fin que se persiga.”*”

“Yo puedo educar con una obra que esté soportada en papel o que esté almacenada en un soporte tecnológico. ***El asunto es que se debe tener cuidado y asegurarse de que esta cita de esa obra que está en el entorno digital no esté sometida a una medida técnica, de forma tal que no me permita acceder a la obra. Por eso las limitaciones y excepciones no sólo deben establecerse desde el punto de vista de derecho de autor sino también en relación con las medidas técnicas. Es decir, en qué momento yo puedo romper esa medida técnica exhaustiva que me impide hacer el ejercicio de mi derecho”*** (resaltado fuera de texto).

“Si nosotros vemos el literal b) que es una limitación destinada a la enseñanza básicamente, allí habla cuando la norma se refiere a medios reprográficos, se está limitando al derecho de reproducción analógica porque está en el papel que es una reproducción de la obra. Evidentemente esta posibilidad está dada en el entorno digital de reproducir partes de la obra o hacer lo que llamamos “copy-paste” (copiar-pegar, fuera de texto). Sobre todo las legislaciones que han tratado esto no han permitido la totalidad de la obra. Si mira el texto del articulado o los

literales del artículo 22, primero se refiere a la reproducción de una obra, del archivo de una biblioteca, otra para reproducir a los medios de comunicación, otro para el cable, en fin, muy pocas son las limitaciones que se refieren a la enseñanza.”

“Se puede hacer la siguiente reflexión, un programa de formación a distancia en la red ya sea en curso básico, en pregrado, en postgrado, especialización y maestría, no deja de ser un servicio educativo pero igual se puede prestar de manera presencial. Es lo mismo que requiere un profesor, acá es un tutor que también necesita unas guías, unos textos. Yo cuando me inscribo en una universidad o institución de educación superior para recibir un curso, yo me siento de la misma manera que cuando yo entro en la red, yo me inscribo, recibo la información y tutorías, pero en tanto yo no me inscriba o pague la matrícula yo no puedo entrar al salón virtual, de la misma manera ocurre si no pago la matrícula en la universidad presencial no puedo entrar al salón de clase. De manera que las limitaciones y excepciones no cumplen su papel. Cuando se habla de la enseñanza, no está en función de mirar si están para el estudiante, para el investigador o para quien lo necesite en la entidad educativa. No necesita acceder desde la entidad, lo que necesita es impartir educación, entonces el investigador, el estudiante tiene acceso a esas limitaciones. Si usted está en el entorno analógico y va a cursos, usted necesita libros entonces va a la biblioteca, usted necesita copias hace uso de ellas, usted necesita citar a un autor busca el texto usa el pedazo que va a poner, abre y cierra comillas y cita el autor, pero si usted es un estudiante de educación virtual lo que necesita en ese caso son las librerías virtuales, pero accede a ella en tanto sea pública la información, en la medida hace es un derecho de cita si se lo permiten. El asunto que tenemos es que el ambiente digital es mucho más sensible que el ambiente analógico, porque un autor cuando pone su libro en una biblioteca pública presencial sabe que es para su entorno y si otro quiere reproducirla tiene que tener permiso del bibliotecario y del autor. En cambio, en el entorno digital, si usted va a una biblioteca digital resulta que el dueño de la biblioteca puso una obra de un autor a disposición, no sólo suya, sino de todo el mundo. El tratamiento de las obras y de derecho de autor es abismal. La gran preocupación de los autores es precisamente esa y la lucha que se ve en Google con las bibliotecas que pone las obras en ciertas condiciones. Allí las bibliotecas virtuales tienen obras de dominio público. Entonces en esa brecha digital lo que estoy haciendo con la obra es ofreciéndola a todo el mundo y pues ese no es el objetivo.”

Posteriormente se le preguntó, ¿cree que es importante el desarrollar en Colombia una normatividad frente al entorno digital?, a lo que respondió:

“Sin duda habría que precisarla, pero no hay que hacerse muchas ilusiones en cuanto a eso. El hecho es que los autores no están concienciando poner las obras en el entorno digital, y allí hay un fallo en la figura de las limitaciones. Si yo soy el autor, estoy seguro que debo dar el derecho de citar y el derecho de poder hacer ciertas utilidades, pero ahora el derecho de citar va a ser suficiente. Si usted va a hacer la obra y se lo va a enviar por el correo al profesor hace varias citas. Si usted lo que quiere es ilustrarse sobre la obra, siendo usted el profesor, saco un texto, lo leo y si es para los estudiantes lo que hago es que si la obra está disponible en ese entorno digital les digo “en tal sitio está la obra disponible, vayan y la leen”, no pueden hacer una reproducción, ni modificación sobre la obra, puede estar en formato PDF, simplemente la leen. La limitación para cierta obra no es de derecho de autor, es de la amplitud y base criminológica. El autor no tiene por qué cargar con una responsabilidad o con la ausencia de posibilidades de la gente para comprar computadores y no digan espero y la reproduzco toda, más bien digan yo la pongo allí pero con todas las medidas de seguridad, usted no los puede manipular porque es un peligro.”

“El tema del acercamiento de la educación en la cultura sobre la base de señalar que el derecho de autor constituye un impedimento, es hasta ahora entre nosotros un rumor. En esta oficina no tenemos conocimiento, hasta la fecha, de alguien concreto con la información precisa con indicación cierta de tal sitio, tal obra, ha impedido el acceso a la educación. Ahora, hay que adecuar la norma para dar ciertas facilidades. Esas facilidades no van a ser tantas porque no son tantos los impedimentos que los derechos de autor imponen al usuario.”

Se preguntó si la normatividad penal que existe en cuanto a las medidas técnicas, ¿es suficiente para los cambios que se puedan presentar?, respondió:

“No. El tema de las acciones penales que se establecieron en el artículo 272, yo sí creo que hay que excepcionarlas en cuanto que permitan hacer ciertas cosas. Ahí yo me refiero al tema de la educación y la enseñanza. El derecho en la parte exhaustiva no tiene tantas dificultades pero pueden presentarse en las medidas tecnológicas porque en el mundo real nos enseñaron de una manera, pero cuando la educación pasa al mundo virtual habrán esas mismas ayudas educativas pero con ciertas modificaciones, pero si están con una seguridad tal que no me impide dictar mi clase, ahí la Ley debe tener una limitación de medida técnica con fines de enseñanza.”

¿En Colombia están pensando en reglamentar esto?

“Como consecuencia del TLC con Estados Unidos, Colombia tiene una obligación de regular eso porque todo este tema está reglamentado. Si usted ve el texto del tratado y va a las medidas técnicas de protección, allí verá siete excepciones a las medidas técnicas y verá una facultad del Estado con el país de establecer en cuanto a que se vayan dando en las otras situaciones. Se podría decir que tenemos adelantado un texto regulando todo esto. Naturalmente en tanto no se resuelva lo del TLC. Europa también tiene medidas técnicas. La diferencia si usted hace una lectura entre el abordaje que hizo Estados Unidos y Europa es que mientras en Estados Unidos hay siete excepciones a las medidas técnicas acompañada de una modalidad ante el Congreso para emitir otras; en la Unión Europea del 2001, como son tantos países, allí no determinaron cuáles eran las excepciones a las medidas técnicas. Entre uno y otro debemos navegar nosotros. Evidente y efectivamente al hablar de derechos reprográficos no sólo son en el ambiente analógico, pero si usted mira en los estatutos de la sociedad y ve que puede ir más allá, el cual viene del interés del autor, se afilia a una de estas sociedades le controlan las reproducciones de la obra en papel y también los almacenamientos en formato digital que son una forma de reproducción como sucede en España, de forma tal que estas sociedades se erigen como unos buenos instrumentos para intermediar entre los usuarios y los titulares de los derechos porque lo que si no cabe duda es que el entorno digital no va acabar con las industrias culturales, y en la medida que no se acaben van a exigir permanentemente normas que permitan controlar su modelo de negocio en ese entorno digital. Habrá que mediar y equilibrar los intereses.”

¿Ese proyecto viene como iniciativa de la Dirección Nacional de Derecho de Autor?

“Sí, es decir como una consecuencia de la misión de los tratados.”

¿Ha habido algún sector cultural que haya hecho alguna presión?

“No, a pesar de que sí hemos hecho muchos seminarios después de los Tratados del 96 en el marco de la Feria del Libro, hicimos tres o cuatro seminarios, incluso en la página de la Dirección Nacional de Derechos de Autor están los seminarios. Yo siento que en Colombia ese planteamiento va a llegar, por lo pronto, me ha rodeado el temor de que esa discusión cuando llegue a Colombia va a llegar también dada en el lomo de muchas pasiones y particularmente de quienes creen que el derecho de autor se come a la cultura, porque una cosa es el contenido y otra es la tecnología. La tecnología ciertamente puede estar hoy en día más barata que el contenido, además la fabrican y la producen en masa. El contenido es cualitativo y la tecnología es cuantitativa. La tecnología se ha desarrollado sobre la base de invitar a todos a utilizar unas facilidades de desarrollo tecnológico, pero nadie pelea con lo que brinda, pelea con el costo de las compañías. Por el cual nunca se consultó no se hizo nada al fin. Mi temor es allí, porque muchas de las organizaciones que luchan por esa supuesta contradicción de los derechos de autor apoyados por el desarrollo tecnológico.”

De lo que me acaba de comentar, ¿la Dirección Nacional de Derecho de Autor ha hecho campañas informativas en la universidad con respecto a lo que es el derecho de autor en el entorno digital?

“Ha habido mucha actividad e invitamos al sector privado que hagan más. La verdad es que en medio de la escases de los recursos no tenemos lo suficiente para hacer esto, nuestra campaña más agresiva sigue siendo la de los niños, la de implementar una cultura de respeto, es decir, la aceptación de entender que estamos en ese cambio de era. Seremos mejores cuando aprendamos a convivir adecuadamente porque el resultado es predecible. Si usted apoya y estimula a los

creadores es brindándoles la posibilidad para el control de sus contratos. No hablamos de las corporaciones, hablamos de los autores y que los autores puedan tener buenos contratos con sus empresas, contratos que generen bienestar social. Si nosotros no protegemos este modelo creativo pues sencillamente se dedica a su profesión de manera desigual. Los países que han entendido lo contrario luchan por estas medidas. Los franceses el argumento que plantean es que este es su país, esta es su sociedad comprometida con el conocimiento. Esas han sido una de las declaraciones del presidente Sarkozy hace poco “

¿La limitación y excepción, como está contemplada en la Decisión Andina 351, por medios reprográficos, se podría decir que está llamada a que la observancia sea parte de las universidades o que sea una actividad colectiva tanto de los docentes como estudiantes?

“A estudiantes y profesores, a la universidad, porque no puede vender estos servicios educativos que se traducen en entrega de un título, brindar las posibilidades, es para que tengan ayudas educativas a costa de los autores. La reflexión que haríamos es que la universidad es un conjunto, una organización. La universidad cumple todo pero cuando llega a los niveles de enseñanza, eso es rápido. Mire hoy en día, ayer mejor, un estudiante hacia una tesis o simplemente lo plagiaba, buscaba un texto que nadie hubiera visto entra en una universidad de Argentina y la baja. Esa frontera insular provincial la rompió Internet. Pero en la universidad de China o Rusia o cualquiera de esos idiomas del Cáucaso, el que no le puso las medidas técnicas, le doy la orden a un traductor que vaya y me lo traduzca y luego la recupero, hago mi trabajo superficial sobre la obra. El conocimiento hoy en día es más complicado; opción por la cual quienes están en el proceso de producción de conocimiento y toman las medidas como precaución, que garanticen que este proceso que se hace de contenidos no haya hecho estas cosas. Que puede hacerse también como estudiante de una institución. Una vez la universidad lo pone allí, que lo pone con muchas medidas, que la universidad puede hacerse dueña de esos contenidos y decirle al autor hasta luego y hasta aquí termina. El autor verá si queda satisfecho. Hay entidades sin ánimo de lucro, entidades de propiedad del Estado, propiedades de ciudades muchos más ricos que quieran de verdad poner el conocimiento a disposición de otro y tener una masa crítica de creadores e investigadores. Importante si se les paga. Acá hay una cultura libre que está a costa de los autores, de los Estados, eso está como

salud y educación para todos a costa de los Estados no a costa de los médicos y de los profesores.”

Hay algo que me causó curiosidad y es esa forma para ofrecer el curso virtual, hay plataformas que son comerciales y otras que son gratuitas. Dentro de las comerciales hay unas que ofrece blackboard e incluso otras ofrecen un sistema de gestión en los que se reciben los trabajos, y la plataforma hace un cotejo con un banco de datos, trabajos previos y les dan Internet para detectar plagios. Otra es que incluso ofrece los contenidos a las instituciones de educación superior como un apoyo y venta. Si usted no tiene los contenidos yo se los desarrollo, se ve que es un negocio, pero en lo que es la normatividad, ¿está dentro de lo legal?

“Sí, es lo mismo que pasa ahora. La universidad crece al lado de una serie de servicios que le permiten desarrollar su modelo para impartir educación. Es una actividad económica porque tiene que generar recursos según el modelo que tenga. Alrededor de esto hay toda una industria, hay una convivencia cuando quienes prestan los servicios que tienen que ver con contenidos de derecho de autor, con plataforma, con buscadores. Todo ese modelo se pasa a Internet y allí no se riñe con los derechos de autor.”

Finalmente se le preguntó ¿Usted cree que debe primar alguno de estos derechos?

“Yo creo que no o si no el mundo no sería lo que es. Varios países miembros del tratado de Berna pero con legislación de derechos de autor hecha a su alcance, permitieron desarrollar una cultura y una educación: las artes, porque la mejor manera de desarrollar la cultura es la de estimular a la gente que escriba, que haga.

La Ley deberá procurar esa flexibilidad. Esa flexibilidad se concreta con un catálogo de limitaciones y excepciones para que puedan acceder a las obras. Pero el problema no son las obras sino las plataformas tecnológicas que soportan las

obras. Aquí no se habla de limitaciones para las personas ciegas y sordas, sin embargo aquí la industria editorial colombiana, ha vivido siempre estar de acuerdo con ellos, con las obras escritas en braille o para hacer audio libros, pero la plataforma tecnológica hoy en día es insuficiente. El acceder a otra plataforma es un problema de derechos de autor. Lo que pasa es el desarrollo que han creado de Internet, sofismas tales como que todos en la Red somos iguales, lo que estamos concluyendo es que no todos somos iguales, pero somos iguales ante Internet en la medida de poder hacer colgar lo que queramos, pero no de tomarnos lo que queramos.”

Haciendo un breve recuento de esta entrevista, encontramos que lo consagrado en el Tratado OMPI de Internet sobre Derechos de Autor respecto de las limitaciones y excepciones, permiten “extender” las existentes o, si bien lo considera pertinente cada país, desarrollar nuevas que se adapten a las necesidades propias de cada situación. En el caso del derecho de cita y de la reproducción, son casos que ya se encuentran consagrados en la actual normatividad y que se pueden extender gracias a este Tratado OMPI de Internet. El nuevo factor a tener en cuenta es la Medida Técnica de Protección, ya que si bien los titulares de derechos tienen la facultad de limitar el acceso o reproducción a sus obras, la normatividad debe estar encaminada a evitar que el uso de la tecnología sea un obstáculo para el disfrute de la cultura y el acceso a la educación de las personas. Es en el caso de las MTP, que se considera apropiado la adopción de nuevas limitaciones y excepciones al derecho de autor.

En concordancia con lo anterior, en el caso colombiano sería necesaria no sólo la adopción de nuevas limitaciones y excepciones, sino también una reformulación de la normatividad penal vigente que protege las MTP sin establecer excepción alguna, caso en el que incluso si se está ante un uso legítimo pero transgrediendo esta protección tecnológica a la que estaba sometida la obra, se estaría siendo acreedor de una pena.

La DNDA, asumiendo su compromiso, ha llevado a cabo diversos seminarios cuya temática ha sido el entorno digital, difundiéndose las perspectivas y los conceptos que se manejan frente a dicho entorno en las diversas situaciones que se presentan. Otro aspecto destacable es el hecho que se propende por fomentar

en los niños la cultura por el respeto al derecho de autor, siendo ellos el principal objetivo de las campañas de esta entidad.

En cuanto a la observancia del cumplimiento de las limitaciones y excepciones, se menciona que es un compromiso de todos, siendo las instituciones educativas una organización que abarca diferentes sujetos tales como profesores y estudiantes.

El paradigma que “el derecho de autor” es una limitante para la educación” es un supuesto que no encuentra bases sólidas o concretas debido a que las limitaciones y excepciones vienen a equilibrar esta situación, concluyendo que no debe primar ninguno de los derechos que supuestamente se encuentran en conflicto.

5.4 CONCEPTO CENTRO COLOMBIANO DE DERECHOS REPROGRÁFICOS (CDR)

El Centro Colombiano de Derechos Reprográficos funciona en Colombia gracias a la personería jurídica reconocida por la resolución No. 88 del 14 de Julio de 2000 expedida por la DNDA, y su respectiva autorización de funcionamiento mediante resolución No. 035 del 18 de Febrero de 2002.

Ésta es una entidad de gestión colectiva que ha sido concebida sin ánimo de lucro, sus actividades y/o tareas son llevadas a cabo alrededor del mundo gracias a la celebración de convenios con otras sociedades de gestión colectiva. El fin último que persigue esta sociedad es la protección de los derechos de autor de los titulares de estos derechos y de los editores en lo relacionado con la actividad de la reprografía. Para el desarrollo de sus actividades, se considera como mandataria de todos sus asociados. Asumiendo esta calidad, se le encarga el recaudar, administrar y distribuir las remuneraciones provenientes del derecho patrimonial de sus mandatarios, que se ven expresadas en la autorización de la reproducción parcial de obras literarias, artísticas o científicas. Adicionalmente la sociedad debe negociar con los diferentes usuarios las condiciones de las autorizaciones que concede para desarrollar actividades de reproducción reprográfica. Así mismo, tiene el deber de representar a todos sus asociados en las actuaciones jurisdiccionales y administrativas del Estado en los asuntos que

sean de interés. El CDR actualmente cuenta con aproximadamente 118 socios, encontrándose algunos de los más importantes autores y editores afiliados a este centro.

Igualmente esta sociedad colombiana ha formalizado contratos de reciprocidad con entidades de gestión colectiva de otros países para una mayor eficacia de sus funciones por fuera del territorio nacional. Vale la pena mencionar algunas como lo son el Centro Español de Derechos Reprográficos (CEDRO), el Centro de Administración de Derechos Reprográficos de Argentina (CADRA) y el Centro Mexicano de Protección y Fomento de los Derechos de Autor (CEMPRO).

Al acudir a esta entidad para indagar acerca de su concepto respecto a la temática objeto de estudio del presente trabajo de investigación, se remitió a el asesor jurídico de esta entidad, Juan Carlos Serna Rojas, debido a que es la persona que conoce de la problemática del entorno virtual frente a la ausencia de limitaciones y excepciones propias para dicho entorno, y quien en el 2009, señaló que teniendo en cuenta la normatividad vigente en nuestro país, puntualmente el artículo 14 de la Decisión Andina 351 de 1993, el cual se encuentra en plena concordancia con lo consagrado en el artículo 26 de la Ley 98 de 1993²⁴¹ (Ley del Libro):

“cualquier persona que pretenda realizar una reproducción reprográfica de una obra protegida por el derecho de autor, ya sea, para una utilización colectiva de las obras, como en un centro educativo o con un fin lucrativo, como un establecimiento de comercio dedicado al servicio de las fotocopias, deberá contar con la autorización previa y expresa de la entidad de gestión colectiva CDR, pues sin su consentimiento, la reproducción reprográfica puede ser considerada como ilícita.”

²⁴¹ **ARTÍCULO 26.** “Todo establecimiento que ponga a disposición de cualquier usuario aparatos para la reproducción de las obras de que trata esta Ley o que efectúe copias que sean objeto de utilización colectiva y/o lucrativa, deberá obtener autorización previa de los titulares de los derechos correspondientes a tales obras, bien sea directamente o bien mediante licencia otorgada por la entidad de gestión colectiva que designe para tal efecto la Cámara Colombiana del Libro.”

De lo aquí afirmado se puede deducir que las instituciones educativas deben contar con la anuencia de el CDR para llevar a cabo este tipo de actividades en el entorno análogo. Adicionalmente amplió esta afirmación de la siguiente manera:

“En principio las fotocopias utilizadas como material directamente utilizadas por las universidades para los estudiantes estarían contempladas en tal limitación. Sin embargo, lo que realmente sucede es que el material de lecturas entregados por los centros educativos se repiten cada semestre o cada periodo académico, no ajustándose a los usos honrados que como se advirtió, no pueden atender con la normal explotación de la obra ni le pueden causar al autor un perjuicio injustificado.

En consecuencia, la limitación está enfocada a la reproducción reprográfica cuando se trata de algo esporádico, que tenga un fin educativo y que se realice dentro de un centro educativo, por lo tanto, resulta de gran importancia para los centros educativos no tomar de forma ligera tal limitación, sino que les corresponden plantear políticas institucionales y directrices sobre este tema, con el objetivo que no se vulneren los derechos patrimoniales de los autores.”

Frente a la limitación consagrada en el art. 32 de la Ley 23 de 1982 en la que se establece la “ilustración” como criterio para la utilización de las obras protegidas, señala:

“La limitación establecida en la Ley 23 de 1982, artículo 32 que trata la utilización de obras literarias y artísticas para fines de enseñanza no debe interpretarse como una limitación para el derecho de reproducción reprográfica para fines académicos.

En efecto, el mencionado artículo indica que es permitido utilizar obras literarias o artísticas o parte de ellas a título de ilustración, es decir, que se podrá mencionar o reproducir parte de estas obras para que sean incluidas en otras publicaciones que tengan fines académicos, lo que es muy común por ejemplo en los libros de historia desarrollados para los escolares, donde aparecen ilustraciones de obras

de arte para señalar algunos movimientos representativos de la cultura de las obras plásticas.

En este orden de ideas, también la limitación permite que se utilicen las obras literarias o artísticas o parte de ellas, a título de ilustraciones incluidas en obras, por ejemplo audiovisuales destinadas a la enseñanza, las cuales se podrán emitir y radiodifundir, teniendo presente que también la emisión y la radiodifusión debe tener fines educativos. Lo anterior, permitió por mucho tiempo que el Estado pudiera realizar programas de educación pública para los lugares apartados en toda Colombia.

También contempla la mencionada limitación la posibilidad de utilizar las obras radiodifundidas para fines escolares, educativos, universitarios y de formación profesional sin fines de lucro, con la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas.”

En lo relacionado con el entorno digital, al preguntársele por las reproducciones que se pueden llevar a cabo a través del escaneo e impresión por parte de los diferentes actores involucrados en esta situación (instituciones educativas y/o estudiantes) y el papel del CDR, afirmó:

“En la actualidad muchas de las utilizaciones de las obras se realizan por medios digitales, las cuales deben contar con la autorización previa y expresa del titular del derecho de autor para su utilización en este medio.

Para el caso de la gestión colectiva de los derechos reprográficos, las utilizaciones de las obras literarias mediante escanear e impresiones de textos previamente digitalizados, son susceptibles de la gestión reprográfica, las cuales se autorizarán mediante el contrato de licencia reprográfica.

Por otro lado, en el mundo digital actualmente se destaca la gestión individual de derechos, con un mandato de carácter individual y redactado en términos

concretos de acuerdo con las especificaciones de los mismos autores o titulares de los derechos patrimoniales de autor, que eventualmente las sociedades de gestión colectiva pueden gestionar.

Ahora, frente al tema de la gestión de la digitalización de las obras será un gran reto para las sociedades de gestión colectiva, como cumplimiento de los contratos de mandato de los autores y demás titulares de los derechos de autor, sin olvidar, que se hace necesaria una legislación que contemple las limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital, que permitan identificar cuáles serían las utilidades limitadas y cuales deben contar con la autorización previa y expresa por parte del titular del derecho de autor.”

Finalmente, sostuvo que el gran reto que enfrentan este tipo de sociedades de gestión colectiva, que sería “la gestión digital”, no es una tarea fácil ante la carencia de instrumentos internacionales de carácter multinacional y experiencias a nivel internacional que permitan tener conclusiones favorables para los autores, teniendo presente que hasta ahora se han venido desarrollando situaciones de carácter contractual que prácticamente no tienen en cuenta las relaciones con proveedores de servicios en internet y las empresas dedicadas al tema de los servicios de la información²⁴².

Tomando en consideración lo afirmado por el entrevistado, se puede afirmar que la gestión colectiva, en este caso el CDR, no puede operar de manera automática para proteger los intereses de los titulares de derechos si no cuentan con una

²⁴² SERNA ROJAS, Juan Carlos. Concepto del Centro de Derechos Reprográficos. 2009: “Otra situación que debe analizarse para el reto de la gestión digital, se presenta en la actualidad donde solamente se desarrollan situaciones de carácter contractual individual sin conocer las experiencias a nivel internacional de las relaciones de los autores de obras literarias, los proveedores de servicios en Internet y las empresas dedicadas al tema de los servicios de la información.

En consecuencia, reitero el gran reto que le corresponde a las sociedades de gestión colectiva de derechos reprográficos, frente a los nuevos derroteros en el mundo digital, señalando que no será sencillo por ahora la gestión digital, si en efecto no existe instrumentos internacionales de carácter multinacional y experiencias a nivel internacional que permitan tener conclusiones favorables para los autores.”

autorización previa y expresa de ellos para ejercer dicha tarea. Debido a que buena parte de las reproducciones se están haciendo en impresiones de archivos digitales, es mucho más difícil tener un control de esta clase de reprografía ya que no se encuentra esta actividad centralizada en los locales de fotocopiado.

La nueva modalidad que planteó el entrevistado es la de “Gestión Digital”, la cual estaría a cargo de las entidades de gestión colectiva y que se vería reforzado con acuerdos que se celebren con entidades homólogas de otros países para mantener una vigilancia de los usos que se hagan de las obras protegidas en los diferentes centros educativos.

Es a partir de lo anterior que afirma que se hace necesaria la adopción de limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital, ya que esto le brindaría al CDR un panorama claro en el cual se puede desenvolver y cumplir sus funciones. Hasta la fecha la falta de desarrollos normativos y/o jurisprudenciales que indiquen de manera precisa y con seguridad jurídica, si las actuales limitaciones y excepciones se extienden al entorno digital o si se adoptan unas nuevas que regulen estas situaciones, es lo que crea un ambiente de inseguridad, llevando esto a que todo se encamine a la regulación contractual que acuerden las partes, situación que sea dicha, en ocasiones es de desigualdad, imponiéndose una parte sobre otra.

6. ESTUDIO DE CASO: UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA, UNIVERSIDAD DE LOS ANDES Y UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA

Hasta ahora se ha realizado un estudio de la situación internacional y un acercamiento de la normativa nacional vigente, pero hasta el momento se desconoce cómo las universidades han abordado esta situación para actuar dentro de los parámetros legales establecidos, teniendo en cuenta que existe este vacío normativo.

Para este acercamiento se decidió indagar en tres diferentes centros de educación superior como lo son la Universidad Nacional de Colombia, que es una institución pública; la Universidad de los Andes, institución educativa privada; y finalmente en la UNAD (Universidad Nacional Abierta y a Distancia), institución cuyo eje central es precisamente la educación virtual. El propósito de presentar estos centros educativos radica en la posibilidad de tener diferentes enfoques o puntos de vista frente a la problemática aquí planteada, sin hacer de lado los posibles puntos comunes que se encuentren entre ellas.

6.1 UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA²⁴³

La Universidad Nacional de Colombia, en adelante UNAL, se crea el 22 de septiembre de 1867 gracias a la Ley 66 de dicho año. En sus inicios, la UNAL contaba con tan sólo seis facultades (derecho, medicina, ingeniería, ciencias naturales, artes y oficios, literatura y filosofía). Poco a poco fue creciendo la oferta de carreras al público, creándose entre 1903 y 1940 más de 20 carreras, entre ellas arquitectura, enfermería, farmacia, ingeniería química, medicina veterinaria, odontología y química.

²⁴³ UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. [en línea]. [consultado el 11 de abril de 2011]. Disponible en http://www.unal.edu.co/contenido/sobre_un/sobreun_resena.htm

Se ha incluido a la Universidad Nacional de Colombia en este documento debido a que es uno de los centros de educación superior más importantes y emblemáticos del país, además de ofrecer cursos en línea y ser una institución de carácter público.

6.1.1 Acuerdo 035 de 2003 – Reglamento de Propiedad Intelectual. Este Acuerdo es el vigente en la UNAL y es el que regula lo concerniente a la propiedad intelectual para todas las personas que se encuentren vinculadas a ella. Este reglamento presenta desde su artículo 2, campo de aplicación, el objeto al que va dirigido, que son *“todas aquellas actividades de carácter académico, laboral, o contractual”* en las que se involucre la creación intelectual, es decir, el derecho de autor y los derechos conexos, así como la propiedad industrial.

El reglamento de propiedad intelectual de esta institución establece unos parámetros generales que se encuentran en concordancia con los medios análogos, además de tener en cuenta las diferentes situaciones típicas que se pueden derivar para con las personas naturales o jurídicas que se involucren con ella bajo cualquier circunstancia.

Llama la atención que dentro de sus primeras disposiciones se encuentra una mención en su artículo 4 acerca de la “función social” que debe cumplir la propiedad en Colombia, no siendo la propiedad intelectual la excepción. Es por esto que establece:

“(…) La Universidad propenderá porque cualquier derecho resultante de la producción intelectual, sea utilizado de manera coherente con el interés público, la función social y ecológica de la propiedad y en general con la Constitución Política de Colombia.”

Es dentro de los parámetros establecidos no sólo en la Constitución sino en la ley y la doctrina las que permiten el que sea posible una función social de este tipo de propiedad, teniendo presente los derechos tanto de los autores o titulares de

derechos, como de la sociedad en general para acceder a la cultura, la información y la educación, no sólo en el entorno análogo sino en el digital.

Es reiterada esta posición, tal y como se puede observar en el artículo 12 (glosario), dentro del cual se define para los estatutos el derecho de autor de la siguiente manera:

*“Comprende los derechos patrimoniales y morales concedidos a los creadores por sus obras literarias y artísticas (incluyendo los programas informáticos), que le permiten a estos explotar en forma exclusiva su producción intelectual, **estableciendo una relación de equilibrio entre los derechos de explotación de la obra y el interés de la sociedad en disfrutar de la cultura, el arte y el avance científico y compartir sus beneficios.**”* (Negritas fuera de texto)

Merece una especial observación lo subrayado dentro de la definición brindada, ya que las leyes colombianas establecen esto de manera expresa sino que responde a una construcción doctrinal de carácter internacional. Vale la pena anotar que la genericidad del concepto permite su adaptación a los diferentes medios existentes y que puedan llegar a existir.

Respecto del tema que nos ocupa en el presente trabajo, el artículo 16, Momentos en los cuales la Universidad será titular de Derechos de Autor, se debe tener en cuenta que los materiales que se pueden hacer llegar a los estudiantes matriculados en los diferentes cursos en línea, provienen ya sea de los mismos profesores que se encuentran vinculados al plantel educativo o puede provenir del acto de escaneo de libros, los cuales a su vez pueden llegar a imprimirse por parte de los estudiantes. Frente a esto los estatutos establecen que le pertenecen los derechos a la Universidad:

- a. *“Cuando sean desarrolladas por sus funcionarios públicos académicos y administrativos, como parte de las obligaciones constitucionales y legales.*

- b. Cuando sean producidas por profesores vinculados bajo la modalidad de docencia ocasional u hora cátedra, evento en el cual en el respectivo contrato, reconocido ante notario público, se deberá estipular que las obras logradas son de propiedad de la Universidad.*
- c. Cuando sean desarrolladas por estudiantes y monitores como parte de sus compromisos académicos con la institución, siendo necesario que se pacte la transmisión de los derechos a la Universidad de conformidad con los requisitos legales.*
- d. Que sean el producto de investigación o creación en contratos o convenios específicos para la elaboración de obras científicas, literarias, artísticas o software, previo plan señalado por la Universidad.*
- e. Cuando sean el producto del esfuerzo realizado dentro del ámbito académico del estudiante, monitor o profesor y que para su desarrollo se hayan utilizado las instalaciones o recursos de la Universidad, evento en el cual debe pactarse la transmisión de los derechos de autor de conformidad con los requisitos legales.*
- f. Que sean elaborados por los profesores durante el año sabático y estén dentro de los programas aprobados por el respectivo Consejo de Facultad o que conformen un trabajo presentado para promoción.*
- g. Cuando siendo obras colectivas sean coordinadas, divulgadas, publicadas y/o editadas por la Institución.*
- h. Cuando los derechos le sean cedidos de manera total o parcial mediante escritura, o documento privado reconocido ante notario público y debidamente registrado ante la Oficina de Registro de Derechos de Autor.*
- i. Cuando hayan sido adquiridos mediante sucesión o legado por causa de muerte, debidamente registrado ante la Oficina de Registro de Derechos de Autor.*

Parágrafo. *En los casos de los literales b, c, d, e, y g, se establecerán previamente a la elaboración de la obra, mediante contrato debidamente formalizado las condiciones de producción a cuenta y riesgo de la Universidad, las*

contraprestaciones correspondientes y el plan designado para la elaboración de la obra.”

Bajo estos parámetros, la UNAL se encontraría en pleno ejercicio de los derechos de autor como un titular legítimo, siempre y cuando cumpla con los requisitos legales establecidos en Colombia para las transferencias de derechos en los casos en que sea aplicable. Estos puntos tan sólo reflejan una parte de todas las posibles situaciones que se pueden dar en nuestro caso de estudio, ya que no establece unos parámetros que permitan la observancia de estos derechos por parte de los sujetos involucrados.

Posteriormente se establecen en el artículo 20, los casos en los que la UNAL no ejerce la titularidad o la propiedad de los derechos de autor:

- a. “Las conferencias y lecciones de sus profesores y funcionarios administrativos presentadas oralmente, las interpretaciones de conciertos y obras efímeras.*
- b. El software producido en condiciones en las cuales el profesor o funcionario administrativo no hizo uso de los medios, ni facilidades de la Universidad, ni el producto constituye su responsabilidad laboral o académica.*
- c. Las obras artísticas, científicas y literarias creadas por sus profesores, estudiantes y funcionarios administrativos, elaboradas por fuera de sus funciones y responsabilidades con la Universidad siempre que no hayan hecho uso de las instalaciones o los recursos de la Institución y se refieran a áreas o temas que no den lugar a conflictos de interés.*

Parágrafo 1. *Los profesores ejercen titularidad sobre las notas de clase elaboradas o compendiadas por ellos.”*

Este punto es importante destacarlo ya que la UNAL reconoce que las lecciones de los profesores impartidas oralmente, así como las notas de clase elaboradas por ellos, no son de propiedad de la Universidad, siendo esta situación una de las

más comunes durante el trabajo de los docentes al momento de llevar a cabo sus sesiones de clase ya sea de manera presencial o virtual. Esto no es óbice para los profesores tengan en cuenta al elaborar sus documentos de clase, los derechos que ya hemos estudiado, ya que al basarse en obras literarias, artísticas y/o científicas, deben sujetarse a los parámetros de lo que conlleva el fin de ilustrar.

6.1.2 Estatuto Docente de la UNAL – Acuerdo 035 de 2002. Es necesario indagar acerca de los parámetros de protección y respeto que deben tener los docentes de la Universidad, por lo que se hace un breve acercamiento de la normativa que cobija a los profesores de este centro educativo.

El Acuerdo 035 de 2002, es el estatuto que regula la actividad docente, en el cual se establece que la misión del personal académico es el de *“contribuir a la apropiación, producción, difusión y socialización de los conocimientos, las tecnologías, las artes y la cultura, y la formación de futuros miembros de las comunidades profesionales y disciplinarias del país, a quienes deberán dotar, dentro de un marco ético, de las herramientas conceptuales y metodológicas, y de las destrezas necesarias para el ejercicio de sus funciones profesionales o académicas, en un contexto de cambios culturales, científico-técnicos, sociales y económicos, con el propósito de contribuir a la consolidación de la democracia y a la construcción de la nación colombiana en una perspectiva universal.”*

Como se puede observar, algunas de las características principales de la labor docente es el de “difundir” además de “socializar” el conocimiento, elementos que son eminentemente necesarios para la educación. A pesar de esto, la UNAL no le deja a su personal docente una libertad total para el desempeño de su labor, a pesar de tener la libertad de cátedra, por lo cual consagra en el Capítulo II, art. 7- Deberes, numerales 17 y 18:

“17. Dar crédito al trabajo académico de quienes participen en procesos investigativos, docentes y de extensión.

18. Actuar con honestidad intelectual, evitando cualquier forma de plagio o suplantación en sus publicaciones, proyectos académicos y productos que se deriven de su actividad.”

Ante una eventual transgresión a los deberes que deben cumplir los docentes, sin importar el tipo de vinculación, pueden estar sujetos a sanciones disciplinarias, siendo el régimen de la Ley 734 de 2002, Código Disciplinario Único, el aplicable en este caso, toda vez que son empleados públicos²⁴⁴.

6.1.3 Reglamento Estudiantil UNAL – Acuerdo 008 de 2008. Este Acuerdo actualiza el que se encontraba vigente, que era el Acuerdo 101 de 1977. La necesidad de actualizar este estatuto era claramente urgente debido a las diferencias existentes en los medios y dinámicas académicas existentes en cada época. Esto se ve reflejado desde su Considerando al plasmar:

“5. Que las actuales dinámicas académicas responden a modelos flexibles en el desarrollo de los planes de estudio y en general de la vida universitaria, lo cual se traduce en la necesidad de ajustar el Estatuto Estudiantil a las necesidades académicas.”

El Acuerdo no establece una disposición expresa que haga referencia a faltas como lo puede ser el plagio, limitándose en sus artículo 44 numeral 5 y artículo 45 numeral 6, pérdida de la calidad de estudiante de pregrado y posgrado respectivamente, a recibir una sanción disciplinaria de expulsión o suspensión, según lo consagrado en la normatividad vigente.

²⁴⁴ UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Acuerdo 035 de 2002. art. 18: *“Ingreso a la carrera profesoral universitaria. El ingreso a la carrera profesoral se producirá mediante acto administrativo, previa evaluación satisfactoria del período de prueba, el cual se tendrá en cuenta como tiempo de servicios para efectos de promoción y otros fines legales y reglamentarios. En virtud del acto de ingreso el docente adquiere el carácter de empleado público docente de régimen especial y asume la responsabilidad de ejercer las funciones de docencia universitaria, investigación, extensión y, transitoriamente, de dirección o gestión académica, de conformidad con la naturaleza y los fines de la Institución, y las normas internas de la Universidad. El docente será asignado a una Facultad, Instituto o Centros Interfacultades, y será adscrito, y vinculado cuando sea el caso, por los respectivos Consejos a las Unidades Básicas de Gestión Académico Administrativa.”*

6.1.4 Dirección Nacional de Servicios Académicos Virtuales y el Derecho de Autor. La Dirección Nacional de Servicios Académicos Virtuales de la UNAL, en adelante DNSAV, fue creada mediante el Acuerdo 034 de 2004 en cumplimiento del Plan Global de Desarrollo de la UNAL 2004 - 2006.

La DNSAV es la encargada de la adopción de las políticas, planes, programas y proyectos relacionados con la oferta de cursos virtuales o en línea que ofrezca la UNAL, y se encuentra adscrita a la Vicerrectoría General. Para ampliar lo referente a la administración y observancia que tiene la DNSAV de los derechos de autor en los cursos virtuales, se entrevistó a Carolina Queruz, quien se desempeña como una de las profesionales en el área de sistemas.

6.1.4.1 Entrevista a Carolina Queruz – Asesora de la DNSAV. Carolina Queruz es administradora pública y asesora a la DNSAV de la UNAL. Al ser la persona encargada de tener un conocimiento de las actividades que se llevan a cabo por esta Dirección, es quien puede brindar mayor información al respecto.

Durante la entrevista se pudo establecer que la Dirección Nacional de Servicios Académicos Virtuales tuvo sus antecedentes en 1998 con un grupo de profesores y de estudiantes del departamento de matemáticas que empezaron a subir a una página de internet, que no era de la Universidad, los contenidos que ellos mismos producían. Desde ese entonces se inició como proyecto, después pasó a ser programa y finalmente se convierte en Dirección.

Según la entrevistada: *“Durante ese tiempo de programa y proyecto lo que se hizo fue contenidos en línea, que son materiales que los profesores dan en sus clases y las ponen en la Red para que el estudiante consulte esa página. Ya con la página de la Universidad Nacional allí se consiguen los contenidos que se desarrollan.”*

En relación con el desarrollo de los contenidos de los cursos virtuales que ofrece la UNAL, se pudo establecer que éstos son producciones de los profesores, y es gracias a esto que nace la DNSAV, haciendo la aclaración que *“Los contenidos*

virtuales no son cursos virtuales, son materiales como los que se encuentran en Wikipedia (...)."

Para la construcción de los cursos virtuales "la universidad comienza a interesarse en el año 2000 y mira los programas, arman los enlaces de manera semipresencial apoyándose en la tecnología. En el programa global, algunas clases son virtuales y otras son semipresenciales como para los laboratorios, va mas encaminado al tema de trabajo."

Seguidamente aclaró que los cursos virtuales iniciaron en el 2008 pero su programación está a cargo de cada facultad, pero con apoyo de esta dependencia. "Por ejemplo, la facultad de ciencias humanas ofrece un diplomado virtual que se llama "Acción sin Daño y Construcción de Paz" que se ofrece para algunas partes del país y que es, dependiendo de donde se encuentre la persona, presencial o semipresencial. Ese diplomado nació hace un año y va este año. También en este año se comenzó a iniciar la especialización semipresencial y virtual.

(...) A través de la extensión hemos dado algunos cursos virtuales, ofrecimos el año pasado dos foros a través de un convenio que se hizo con Acción Social, ellos nos dieron el material y desde la UN lo virtualizamos y los dictamos a todo el país, a todas las alcaldías. Estamos hablando de casi mil personas en todo el país. Eso es como lo que tenemos como "curso virtual" en la UN.

En pregrado tenemos aulas en donde los profesores se les van asignando el salón y dictan la clase presencial. En pregrado virtual tenemos aulas virtuales. Cuatro niveles en línea se virtualizaron y se colocaron en la plataforma esto se inició el año pasado con dos niveles en primer semestre y ya con cuatro niveles totales y miramos como funcionan virtualmente. Alrededor de este año 2009 hay 1.500 estudiantes en la sede de Bogotá (...).

La clase que el estudiante recibe aquí en Bogotá, la recibe también el que esté en Arauca, en Leticia, etc. De esa manera a partir del quinto semestre ellos van para la carrera que se presentaron en la sede de Bogotá. Con esta forma estamos

teniendo más cobertura y que en las sedes se estén cumpliendo los cursos de la UN.”

Posteriormente aclaró que la implementación de estas tecnologías se ha ido incrementando no en cursos virtuales como tal, sino en cursos presenciales, es decir, como una herramienta didáctica que complementa a estos últimos. *“Lo que cambió fue la forma y como hay tantas cosas en medio digital lo que cambia es el aprovechamiento digital. Es decir, ya no dice el profesor “en la fotocopidora está la lectura” sino “en el aula de clase está la lectura o está el enlace para la lectura”, cambia la forma gracias al medio digital, a la herramienta pedagógica.”*

La entrevistada precisó que la DNSAV es una unidad de apoyo para las facultades y para los profesores de la Universidad, sin tener a cargo la planta docente, siendo las facultades las encargadas tanto de los profesores como de los contenidos. Afirmó igualmente que el programa virtual y el presencial no deberían ser diferentes, que deberían llevar por lo menos la misma forma. El apoyo que ofrece la DNSAV va encaminado a la parte pedagógica, es decir, determinan cómo pueden hacerse llegar los contenidos suministrados por los profesores a las sesiones virtuales. Para ello miran el nivel de interacción que puede llegar a tener el estudiante con el contenido, transformándolo. *“Hay muchas cosas que se pueden cambiar. Por ejemplo hay mucha información y se vuelven esquemas, presentando la información de otra manera, es sólo diseñar para que haya una interacción entre la persona que lo está mirando y el mismo contenido, pero interactuar no es sólo darle click y ya, es que me lleve a otro enlace para mi crecimiento y procesamiento cognitivo. Se diseñan actividades de aprendizaje junto con los profesores para que la persona lea, pueda recordar y pueda deducir que tanto aprendió de lo que leyó. Acá se hace el material de diseño gráfico e interacción. (...) Armamos el curso y lo montamos, en cuanto a la administración del curso eso lo maneja cada profesor y facultad. Nosotros adecuamos los contenidos y virtualizamos. Apoyamos a los profesores a enseñarle a utilizar la plataforma para que lo manejen bien, para que ellos sepan cómo hacer sus actividades de aprendizaje, cómo hacer más eficiente el manejo de Internet y cómo lo pueden utilizar en sus contenidos.”*

Establecido el manejo que se tiene de los contenidos y a cargo de quién está, se indagó respecto de las plataformas utilizadas para hacer esto posible, a lo que respondió: *“La universidad utiliza Blackboard pero también se utilizan otras plataformas libres. Nosotros tenemos la plataforma libre como Moodle, Sakai que en la facultad de Medicina la llaman Sofia. Otras facultades utilizan Manhattan, esas son como las plataformas que utilizan la universidad. La mayoría de cursos están en Blackboard. La plataforma depende de cada facultad.”*

Debido a que el problema central del presente trabajo radica en los contenidos, se quiso profundizar en ello preguntándole acerca de su origen, a lo que respondió: *“Los contenidos son ideas de los profesores y ellos lo generan. La idea es que los profesores hagan objetos de aprendizaje pero todavía no se ha llegado a ese nivel. No podemos decir que los contenidos virtuales se presentan todos en multimedia o en pdf eso depende de la metodología del profesor.”*

Se le planteó si tenía conocimiento acerca de si los profesores escaneaban partes de libros para subirlos a sus clases virtuales, a lo que respondió: *“No sé si lo escanean. Aquí el derecho de autor eso es como una fuerte capacitación. A mí me preocupa eso porque cada vez que viene un profesor y dice quiero citar este libro nosotros le decimos ojo con eso, es de cuidado. Aquí se le dice qué puede usar y que no. Nosotros hemos hecho varias capacitaciones a los profesores sobre derechos de autor.”* Posteriormente señaló que las capacitaciones que han recibido tres durante el año 2009, han estado a cargo de la Dirección Nacional de Derechos de Autor. Ante esta respuesta en la que figura la DNDA como un actor que informa y capacita, se le preguntó acerca de si hacían referencia al manejo de los vínculos o links, a lo que contestó: *“Cuando ellos abordan la parte digital dicen que cuando ud. tiene un libro en la web, puede manejar un vínculo que lo lleve a donde está la obra para que lo lea allá. Por ejemplo, si el profesor indica que deben leer los estudiantes un artículo de una revista indexada, tiene que darnos el vínculo para que los estudiantes lo lean allá. Aquí cuidamos el contenido que se sube. Aquí damos un acompañamiento.”*

La entrevistada también aclaró que los contenidos son de propiedad de la Universidad gracias a lo consagrado en el Acuerdo 035 de 2003. Respecto al acceso que se puede tener de los contenidos desarrollados por las personas

vinculadas a la UNAL señaló que se tienen que diferenciar espacios, ya que lo que se encuentra en el portal de la UNAL es para lectura de cualquier persona, pero ello no significa que sea “abierto”, es decir, no lo pueden modificar o reproducir porque es propiedad de la Universidad. El otro espacio es el de los contenidos de los cursos, ya que éstos no son de libre acceso al público.

Según la entrevistada, la iniciativa de las capacitaciones viene de la propia DNSAV: *“nosotros somos quienes damos las capacitaciones porque como nos afecta. Nosotros lo que buscamos es que los contenidos que nos traen los profesores sean seguros, en lo posible que vengan avalados por la facultad y bajo la responsabilidad del profesor.”* La capacitación que reciben los profesores de la UNAL, no se queda únicamente en las charlas que se les dictan, sino que también se ha desarrollado una guía. Se planteó como inquietud la periodicidad de las capacitaciones por la posibilidad de tener nuevos profesores cada semestre, a lo que respondió: *“La planta docente es bastante estable. Como parte de nosotros damos asesorías puntuales y jurídicas, capacitaciones en actualizadores, en materia de derecho de autor. Nosotros tenemos la responsabilidad de asesorar y proteger.”*

Se le hizo mención de si los materiales tenían alguna medida de protección, ilustrándola acerca de casos de Universidades de Estados Unidos y de España en los que se le restringe a los estudiantes la posibilidad de imprimir o incluso el autoborrado de los archivos después de un tiempo. Ante esto respondió: *“Aquí simplemente se limita a lo que desea el profesor, es decir, el contenido depende del profesor. Aquí existen los archivos en formato pdf. Remítase al Acuerdo 035. Resalta lo establecido en este Acuerdo respecto de la transferencia de los derechos de las producciones que se hagan como producto del trabajo de quienes están vinculados en los cursos virtuales (desarrolladores, profesores, diseñadores, etc.).”*

Finalmente se le preguntó si creía que debía primar el derecho a la educación frente al derecho de autor, a lo que respondió: *“A MANERA PERSONAL CREO QUE DEBE PRIMAR EL DERECHO A LA EDUCACIÓN, estamos en una era en que la información está para que la gente la consulte. Esta no quiere decir que pueda vulnerar los derecho del autor, creo que ahí está mucho el tema de los*

valores y que nos enseñen a “copiar”, por ejemplo lo que le enseñan a uno en primaria que uno tiene el libro y le dicen copie el libro al cuaderno y uno cree que no hay problema, todo va desde la formación, es cultural. Ahora, gracias a la tecnología ya puede uno determinar si de un trabajo de 3 páginas si el 50% o 60% o el 70% está plagiado porque la plataforma blackboard lo permite además que mucha información ya se encuentra en internet y no es como antes que debía leer mucho y el profesor decía “esto lo he leído en algún lado”. Pienso que todo es cultural, uno puede usar algo pero citando.”

Visto lo afirmado en la entrevista, es claro que la disposición de la UNAL frente al compromiso de mantener a guarda de la normativa de derechos de autor es total. Se encuentra total congruencia en el nivel de compromiso por parte de la DNDA al brindar capacitación a los funcionarios de la UNAL que requieran de esta información.

Se encuentra que a pesar de que no existen unas limitaciones y excepciones al derecho de autor en el entorno digital que hagan referencia a la educación, la UNAL a través de la DNSAV ejerce una vigilancia y control de los contenidos que se pueden llegar a “subir” a los cursos, pero aclarando que son los profesores, quienes se encuentran avalados por sus respectivas facultades, quienes determinan los contenidos, siendo la DNSAV una instancia donde se confirma que se cumpla con el respeto de los derechos de autor y adaptando los materiales dependiendo del curso o de lo que solicite el profesor.

Es aquí donde se debe identificar que los profesores y los funcionarios de la DNSAV, a través del tipo de contrato firmado con la UNAL y de los estatutos vigentes, transfieren los derechos patrimoniales de las producciones intelectuales que se generen en virtud de su contrato, pasando los materiales a ser de propiedad de la Universidad. Lo mismo ocurre con las transformaciones a las que son sometidos los materiales producidos, los cuales también pasan a ser de propiedad de la UNAL.

Otro punto que cabe destacarse es que se es consciente que con los medios digitales se cambian las costumbres en el sistema educativo, es decir, en los

cursos virtuales se puede dirigir al estudiante a que consulte las fuentes donde se encuentran los materiales de clase sin que necesariamente lleve a cabo una reproducción o un acto no permitido por las limitaciones y excepciones.

Finalmente, el aporte de opinión dado por la entrevistada marca una tarea que debe ser compromiso de todos los que se encuentran involucrados en el proceso educativo, como lo es el fomentar el respeto por lo ajeno sin importar si es material o inmaterial, en otras palabras, el respeto por los derechos de autor.

6.2 UNIVERSIDAD DE LOS ANDES

La Universidad de Los Andes, en adelante UNIANDES, fue la primera universidad de carácter privado que se fundó en Colombia, la cual data de 1948. Según la reseña que se encuentra de este centro de educación superior, su nacimiento se da por el deseo de un modelo educativo libre de las pugnas partidistas de la época y que propendiera por una visión académica y objetiva. Para el año 1949, UNIANDES ofrecía siete (7) programas e inició con setenta y nueve (79) estudiantes y dieciséis (16) profesores.

Hoy día, esta universidad es una de las más emblemáticas del país, destacándose por su excelencia académica y ser vanguardista en el desarrollo de temáticas tales como la que nos ocupa en el presente trabajo, razón por la cual se ha incluido y dedicado un aparte.

6.2.1 Reglamento de Propiedad Intelectual 2010. El documento por el cual la Universidad de los Andes reglamenta todo lo concerniente a derechos de autor dentro de su comunidad inicia partiendo del principio constitucional de buena fe, que es el mismo que cubre las relaciones en nuestro país. Llama la atención que este centro educativo hace referencia no sólo a que se encuentra condicionada su interpretación bajo las normas vigentes que regulan la materia en Colombia, sino que hacia su reglamentación interna, la considera como una norma especial que debe aplicarse de manera preferente a otra u otras que puedan llegar a regular la misma situación. Igualmente señala la necesidad de difundir y propender por una cultura de respeto a los autores, además de considerarlo una forma de incentivar

la investigación, así como el desarrollo de relaciones científicas, artísticas y culturales.

El Capítulo tercero del reglamento de propiedad intelectual de UNIANDES aborda lo concerniente al derecho de autor, ofreciendo en el artículo 2 como definición:

“Se entiende por Derecho de Autor, aquella prerrogativa de orden moral y patrimonial que se otorga por parte del Estado a todo creador de obras literarias, artísticas o científicas, incluido el soporte lógico (software) y las bases o bancos de datos, desde el momento mismo de la creación, sin que se requiera registro, depósito o formalidad alguna; siempre y cuando cuente con rasgos de originalidad (esfuerzo intelectual) que permitan distinguirla de otro u otros mediante su contenido de hechos, ideas, sentimiento expresado, concretado o materializado a través de manifestaciones tales como las letras, la música, la palabra o el arte figurativo, sin que importe para ello su mérito, calidad o destinación. Este debe constituir un producto concreto y acabado, apto para ser reproducido o definido por cualquier medio conocido o por conocer.”

Seguidamente aclara que las ideas no son susceptibles de protección por parte del derecho de autor, siendo únicamente protegida la concreción que de ellas se haga. Más adelante, hace una pequeña compilación de los diferentes conceptos que abarca esta disciplina, dejando claridad en lo que se refiere a quién es el autor de una obra, la titularidad, tipos de derechos patrimoniales y morales, cesión de derechos, tipos de obras, etc.

En el artículo 7 deja de manera expresa y clara que las utilizaciones que de las obras protegidas por este derecho se hagan, deben contar con la autorización previa y expresa del titular de los derechos. Es así como se da directamente el mensaje a la comunidad de esta universidad acerca del monopolio que se detenta sobre una creación intelectual. Dicho esto, en el artículo 8 da a conocer las limitaciones y excepciones a este monopolio, aclarando que son actividades que se pueden desarrollar sin autorización del autor como lo es:

-La citación de obras publicadas siempre y cuando se indique la fuente y se haga uso de esto conforme a los usos honrados (describe la regla de los tres pasos consagrada en el Convenio de Berna).

-“Reproducir para la enseñanza, o para la realización de exámenes en instituciones educativas y en la medida justificada para el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos, o colecciones periódicas, o breves extractos de obras, siempre que tal utilización se haga conforme a los usos honrados, y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.”

Respecto a esta segunda limitación al derecho que se da a conocer en este reglamento, llama la atención que toma lo establecido en la Decisión Andina 351, y lo “edita” o adecúa, haciéndolo claramente aplicable y extensivo al entorno digital al eliminar el fragmento *“por medios reprográficos”*. Cabe mirar este caso con detenimiento ya que las limitaciones y excepciones al derecho de autor están dadas por el legislador de manera taxativa y no por particulares que desarrollan una actividad que puede estar o no sujeta a limitaciones y excepciones.

El capítulo séptimo aborda lo referente a la titularidad de los derechos morales y patrimoniales en el ámbito universitario, lo que se ha convertido en un articulado necesario en este tipo de estatutos o reglamentos para definir de manera clara y precisa sobre quien recae la titularidad de estos derechos en determinados casos. El artículo 15 establece los casos en los cuales cada uno de los sujetos de la comunidad académica de la UNIANDES posee la titularidad de estos derechos:

a) Universidad:

“-Cuando se trate de creaciones intelectuales de los profesores, estudiantes, investigadores y demás personas vinculadas a la Universidad, realizadas en cumplimiento del objeto y funciones propias de la relación laboral o contractual con la Institución que impliquen la elaboración de trabajos según plan señalado por la Universidad bajo su cuenta y riesgo, iniciativa, dirección y coordinación.

-Cuando se trate de creaciones intelectuales de los estudiantes, realizadas en cumplimiento de labores operativas, recolección de información, bases de datos y demás tareas instrumentales, o por encargo de la Universidad. Según plan señalado por ésta, bajo su cuenta y riesgo, iniciativa, dirección y coordinación.

-Cuando la Universidad dirige, coordina, orienta, divulga, publica y comercializa a su nombre, una obra colectiva realizada por un grupo de profesores, empleados o estudiantes que la realizan bajo iniciativa de la Universidad y bajo su subordinación o dirección, siguiendo las directrices de la Universidad y bajo cuenta y riesgo de ésta.”

Es claro que los parámetros establecidos por la UNIANDES se enmarcan dentro de lo que es una obra por encargo, así como las obras que se desarrollen bajo su dirección y aquellas que se desarrollen en virtud de la relación laboral. La explotación de los derechos patrimoniales la entiende la UNIANDES que se extiende a todos los formatos existentes y por existir

b) Los Profesores y/o Personal de Apoyo Administrativo:

“-Cuando se trate de creaciones intelectuales realizadas por los profesores y/o docentes, ordinariamente por su propia iniciativa, éstas pertenecerán en cuanto a Derechos Patrimoniales y Morales a los profesores y/o docentes; salvo cuando las mismas han sido generadas, creadas o realizadas por estos en cumplimiento del objeto y funciones propias de la relación laboral o contractual con la Institución, e impliquen la elaboración de trabajos según, plan señalado por la Universidad bajo su cuenta y riesgo, iniciativa, dirección y coordinación.

-Cuando se trate de conferencias y lecciones dictadas por los profesores y/o quien las pronuncia o dicta, independientemente del derecho a realizar anotaciones efectuadas por los estudiantes a quienes van dirigidas. Para su publicación, exhibición o reproducción total o parcial por cualquier medio, se requiere la autorización previa y escrita del profesor y/o quien las pronuncia o dicta.”

En su primera parte, el numeral 2 del artículo 15 reitera lo dispuesto en relación a cuándo la UNIANDES es la titular de los derechos patrimoniales, limitándose a

afirmar que los profesores y/o personal administrativo son los titulares en los casos que no coincidan con dicha disposición. Vale la pena destacar que reconoce la propiedad de los discursos dados en clase a los profesores, exigiendo previa autorización escrita del docente por parte de aquellas personas que quieran llevar a cabo la explotación de estos.

c) Los Estudiantes:

“-Cuando se trate de creaciones intelectuales realizadas por los estudiantes en ejercicio de sus actividades académicas, y que hayan sido realizadas por su propia iniciativa, y que no implique vinculación con la Universidad a través de relación laboral, de prestación de servicios civiles o como parte de un equipo de trabajo conformado por la Universidad para llevar a cabo un proyecto específico.

-Cuando se trate de creaciones intelectuales realizadas bajo la dirección de un profesor, sin que tal dirección implique la concreción, materialización y ejecución de la creación; y el estudiante haya concretado y materializado de manera independiente y propia cualquier tipo de proyecto, idea, método o contenido conceptual.”

Al igual que en el punto que hace referencia a los derechos de los profesores, el numeral 3 que hace referencia a los estudiantes, repite los casos en los cuales la Universidad es la titular de los derechos patrimoniales, siendo el resto de las ocasiones los estudiantes los titulares de los derechos patrimoniales de autor. Aclara en el siguiente punto el caso en el cual un profesor de dicha institución educativa pueda verse involucrado hasta cierto punto en el proceso de creación de una obra, limitando su participación a una dirección que no implique la concreción de una producción protegida por este derecho.

A pesar de lo anteriormente mencionado, UNIANDES establece en el numeral 4 una “Coparticipación” de los derechos patrimoniales en proporción a lo que pacten entre la Universidad y las personas que ayudaron efectivamente a la concreción del proyecto dirigido por la universidad. Esto como una forma de incentivar la producción intelectual en dicha institución educativa.

En el artículo 16 contempla lo concerniente a la cesión de derechos patrimoniales de autor. Esto para cubrir a la universidad en los casos en los que no se encuentre una relación como la anteriormente descrita y que requiera de las formalidades que se encuentren vigentes para ello.

Todo lo anterior respetando los derechos morales de autor a los que son acreedores absolutamente todas las personas naturales, derecho que no omite esta reglamentación al estipularlo en su artículo 14.

6.2.2 Reglamento sobre el Uso de los Servicios de Tecnología Informática y de Telecomunicaciones de la Universidad. Teniendo en cuenta que UNIANDES brinda a sus estudiantes, mientras se encuentren vinculados a ella, el acceso a servicios tecnológicos que posibilitan la transmisión y recepción de datos de diferente naturaleza, como una herramienta de apoyo a las actividades académicas.

La UNIANDES define su red como una red privada y de acceso cerrado, esto debido a que sólo pueden entrar a ella las personas que se encuentren legítimamente vinculadas a la comunidad académica. Dicho esto, UNIANDES expide este documento, bajo el cual pretende regular el uso que se tiene de este tipo de herramientas tecnológicas dentro de lo que le compete, haciendo mención desde el inicio a que se debe regir este uso por derechos constitucionales como lo son el respeto a la intimidad y privacidad.

Dentro de los diferentes servicios que ofrece la red de la UNIANDES se encuentran: el alojamiento de información, asesoría y gerencia de proyectos informáticos o de telecomunicaciones, prestación de soporte técnico, envío y/o recepción de información, uso de aplicaciones computacionales y sistemas de información, utilización de la infraestructura y utilización de medios audiovisuales.

Las obligaciones que impone a los usuarios de esta infraestructura se pueden resumir de la siguiente manera:

-Utilización de los servicios bajo su entera responsabilidad y de acuerdo a las políticas de uso. Este acceso es personal e intransferible, por lo que se presume que toda actividad que se lleve a cabo la hace el usuario asignado.

-No ocultar o falsear la identidad propia o de terceros.

-Abstenerse de realizar acceso no autorizado o realizar intento de pruebas, verificación o rastreo de vulnerabilidad de sistemas o redes, violentando medidas tecnológicas de seguridad o de autenticación sin la expresa autorización del administrador del respectivo servicio.

-Abstenerse de utilizar los servicios con fines comerciales o publicitarios, o buscar beneficio económico a través de ellos.

-Se prohíbe el sobrecargar, deshabilitar, deteriorar o interferir en el uso de los servicios e infraestructura que se pone a disposición de la comunidad académica.

-Responsabiliza a quien lleve a cabo un mal uso de estos servicios por los daños y perjuicios que cause a la Universidad y/o a terceros.

-Prohíbe el amenazar, coaccionar, extorsionar, injuriar o calumniar a los miembros de dicha comunidad a través de estos medios.

-Exige el abstenerse de llevar a cabo conductas discriminatorias, actividades ilícitas o que atenten contra los derechos de otras personas, en especial de menores de edad.

-Restringe el propagar información que sea falsa, engañosa, o que pueda causar pánico.

-Respetar los derechos de propiedad intelectual de conformidad con la normatividad nacional y los convenios internacionales vigentes.

-El deber de informar a la Dirección de Tecnologías de la Información de la UNIANDES o a los administradores de servicios de informática y de telecomunicaciones acerca de las irregularidades que puedan llegar a existir.

A pesar que aún en Colombia no existe una normativa que regule las responsabilidades de los prestadores de este tipo de servicios, la Universidad de los Andes reglamenta esto, siendo claro al ver el texto, que para ello se sirvió de la directiva europea de la sociedad de la información. Establece que la UNIANDES a pesar que lleva a cabo la administración de estos servicios tecnológicos, no tienen ninguna obligación de supervisar los datos que transiten o se almacenen, tampoco tiene el deber de realizar búsquedas de actividades que puedan llegar a ser ilícitas. Igualmente señala que esta institución académica puede entregar la información que requieran de sus usuarios las autoridades competentes. Señala también que no es responsable del almacenamiento temporal de la información y por el alojamiento de datos siempre y cuando:

“-No modifique la información de manera sustancial.

-Cumpla con las normas relativas a la actualización de la misma.

-Actúe con prontitud para retirar o impedir el acceso a la información que haya almacenado cuando tenga conocimiento efectivo de que aquélla no está disponible al público o que es de carácter ilícito.”

La responsabilidad de esta Universidad no cesa allí ya que le determina a las facultades y a los administradores de los servicios de tecnología informática y de telecomunicaciones obligaciones adicionales que se complementan con todo lo que se ha expuesto. Según este reglamento, estos sujetos deben²⁴⁵:

-Mantener en normales condiciones de uso de los servicios de tecnología y de telecomunicaciones que les corresponde administrar.

-Informar a los usuarios sobre el funcionamiento y la forma como debe ser utilizado el servicio, y brindar el soporte técnico oportuno para ello.

²⁴⁵ Sólo se relacionan las responsabilidades o deberes que inciden directamente con el tema de investigación.

-Velar por la privacidad de los servicios de red, comprometiéndose a no suministrar a terceros información de quienes los utilizan, salvo orden la autoridad competente.

-Impedir la circulación de la información que llegue a su conocimiento, cuando ésta afecte los legítimos intereses y fines de la Universidad y de sus miembros.

-Implementar los medios tecnológicos de seguridad adecuados para cada tipo de servicio.

-Informar oportunamente al órgano competente, según la calidad del usuario, el incumplimiento de las disposiciones del Reglamento sobre el uso de los servicios de tecnología informática y de telecomunicaciones de la Universidad.

A la Dirección de Tecnologías de la Información, que es el máximo órgano en este ramo que tiene la UNIANDES, también le endilgan responsabilidades por este reglamento, y son las siguientes por nombrar tan sólo algunas:

-Administrar la infraestructura física de las redes.

-Propender por el desarrollo tecnológico de la Universidad y el mejor uso de los servicios de tecnología informática y de telecomunicaciones.

-Bloquear o suspender los servicios de red –el central o el de las unidades académicas o administrativas- cuando causen perjuicio al servicio de la red de la Universidad o a redes externas.

Cabe destacar que esta Universidad tiene un gran marco regulatorio de lo que son las tecnologías de la información y comunicación, marco del cual se carece en nuestro país y que sea dicho, apenas se están dando los primeros pasos, por lo que se puede tomar esto como un pequeño laboratorio para aprender de las experiencias adquiridas por la UNIANDES.

6.2.3 Reglamento Estudiantil UNIANDES. El régimen disciplinario concebido para los estudiantes de este centro educativo data del 16 de noviembre de 2007.

En el artículo 113 se aborda lo concerniente al “Fraude Académico”, en el cual se contempla las faltas al derecho de autor:

- c) Usar citas o referencias falsas o falta de coincidencia entre la cita y la referencia.*
- d) Presentar como de su propia autoría la totalidad o parte de una obra, trabajo, documento o invención realizado por otra persona; incorporar un trabajo ajeno en el propio, de tal forma que induzca a error al observador o lector en cuanto a la autoría del mismo.*
- n) Cualquier comportamiento orientado a inducir o a mantener en error a un profesor, evaluador o autoridad académica de la Universidad, en relación con el desarrollo de una actividad académica, en la atribución de su autoría o en las circunstancias de su realización.*

Las sanciones que se imponen a los estudiantes, previo proceso disciplinario y graduación del estado de la falta, puede ser: amonestación, prueba de conducta, suspensión y expulsión. Se destaca que es uno de los reglamentos que consagra diferentes matices de lo que puede llegar a ser una falta en materia de derechos de autor.

6.2.4 Estatuto Docente – UNIANDES. En los numerales 6.4 y 6.5 del literal B., que comprenden los aspectos disciplinarios de los docentes en la Universidad de los Andes, no se encuentra una disposición explícita que haga referencia al derecho de autor. Sin embargo, se encuentran dos literales que pueden ser del caso:

- c. Incurrir en faltas éticas asociadas a la práctica profesional de profesor.*
- f. Hacer uso indebido de bienes de propiedad de la Universidad.*

Se pueden relacionar estos dos faltas disciplinarias con la temática sometida a estudio ya que los profesores, al ser la guía y modelo educacional de sus estudiantes, deben atender y cumplir con las normas que se han estudiado de

citación y reproducción con fines de ilustración entre otras, lo cual está directamente relacionado con la ética profesional que deben tener estos profesionales, así como dar un buen uso de las herramientas tecnológicas que se han puesto a su disposición. Esto se consagra sin hacer de lado las faltas que puedan llegarse a ocasionar a la normatividad colombiana vigente.

6.2.5 Universidad de los Andes – Aulas Virtuales

6.2.5.1 Comunicado de Ricardo Pedraza Barrios. Como centro de educación superior que ofrece este tipo de herramienta educativa, se eligió a la Universidad de los Andes debido a que es una Universidad privada con gran reconocimiento y estudios académicos entorno a la temática autoral y nuevas tecnologías. Lamentablemente no se logró llevar a cabo una entrevista con el funcionario al frente de esta área, lográndose una respuesta a las inquietudes planteadas en este trabajo a través de un comunicado escrito y remitido por el señor Ricardo Pedraza Barrios, quien se desempeñaba como Director de Tecnologías de Información de dicho centro académico en el 2008.

Dentro de la información suministrada se pudo determinar que la idea de cursos virtuales surgió como una herramienta de apoyo a los cursos presenciales que se ha ido incorporando desde 1998. El incremento de esta herramienta es realmente sorprendente ya que para diciembre de 2006 se ofrecían mil cuatrocientas cuarenta y cuatro (1.444) secciones en todos los programas ofrecidos por dicha institución.

En lo que se refiere a quién determina la estructura de estos cursos, respondió que son los mismos profesores que dictan las asignaturas quienes están a cargo de esto, encontrándose vinculados como docentes de planta (tiempo completo y medio tiempo) y cátedra. Dicho esto, se le planteó si en los contratos de los profesores se tiene contemplada la cesión de derechos patrimoniales de autor sobre las producciones que desarrollen mientras se encuentren vinculados a la Universidad, señalando:

“Ver Reglamento de Propiedad Intelectual de la Universidad, Art. 15, donde se establece de manera clara y precisa cada evento y cada situación. Así mismo este punto es tratado en el ordenamiento Profesorado de la Universidad.”

El sistema de esta universidad se basa en la plataforma WebCT y los contenidos con los que alimentan su base de datos para los cursos virtuales es multimediático, es decir, se basan en diferentes medios como audio, video, textos, etc.

Al indagarse acerca de las políticas institucionales de propiedad intelectual señaló: *“La Universidad de los Andes es respetuosa de los derechos de Propiedad Intelectual de terceros, y propende por el respeto de los derechos de las creaciones generadas a su interior o por miembros de su comunidad. La Universidad genera de manera constante una cultura de respeto a los derechos de propiedad Intelectual tanto a los que se utilizan por medios tradicionales como a los que implican uso en el entorno digital. El Reglamento de propiedad Intelectual de la Universidad así lo evidencia en el aparte denominado NORMAS PARA CITAR Y UTILIZAR TEXTOS.”*

Igualmente declaró que son conocedores de las limitaciones y excepciones al derecho de autor vigentes en nuestra normatividad, a lo que le han dedicado un aparte en el citado reglamento. Teniendo en cuenta que la legislación colombiana tiene un vacío normativo respecto al entorno digital, se le preguntó si creía aplicable la limitación y excepción al derecho de autor con fines educativos en dicho entorno, respondió que *“El régimen de limitaciones y excepciones al derecho de autor será aplicable al entorno digital en la medida en que se cumpla con lo establecido en la denominada regla de los tres pasos, es decir: 1) Se trate de un evento o caso especial y taxativamente establecido en la normatividad; 2) No se atente contra la normal explotación de la obra; y 3) No se cause un grave e injustificado perjuicio a los intereses legítimos del autor o titular. Sobre el particular debe actuarse en armonía con lo establecido en la Declaración Concertada respecto del Art. 1.4 del texto del Tratado de Derecho de Autor de la OMPI, conocido por su sigla en español como el TODA, y en inglés como el WCT, del 20 de diciembre de 1996 cuando dispone: Declaración concertada respecto del Artículo 1.4): El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9*

del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 del Convenio de Berna.”

Bajo este tenor, se le preguntó si el entorno digital representa un medio ante el cual los autores pueden ver lesionados sus derechos, a lo que contestó:

“Tanto los medios tradicionales como los que ofrece el entorno digital y los nuevos escenarios y canales de difusión y distribución de las obras siempre han sido y serán un reto para los autores y titulares de derechos. Por lo tanto será el aprovechamiento de estos medios por parte de los autores y titulares, los canales más adecuados para lograr que sus producciones lleguen a lugares inimaginados. Las medidas tecnológicas de protección; La Administración Digital de Derechos - Digital Right Management (DRM); así como la información sobre gestión de derechos consignadas en las obras y contenidos son alternativas utilizadas en la actualidad por los autores y titulares para lograr una salvaguarda sobre sus derechos.”

El número de estudiantes que se ve relacionado a esta herramienta es el matriculado, teniendo derecho a su uso con el pago de la inscripción. Se le planteó si se le informaba a los estudiantes acerca del cuidado que debían tener en relación a los derechos de autor, indicando que:

“No solo para el caso de los cursos virtuales sino en todas sus actuaciones los estudiantes están informados sobre los derechos y deberes que les asisten tanto como consumidores y productores de bienes protegidos por la Propiedad Intelectual.”

Dado que en materia de protección de derechos no todo puede quedar en letras, se le preguntó acerca si la Universidad adoptaba medidas técnicas de protección del material educativo que ponen a disposición de los estudiantes, a lo que dijo:

“La Universidad toma todas las medidas técnicas de protección de contenidos que tiene a su alcance. Sin embargo debe tenerse presente que esta es una obligación de medio y no de resultado.”

Finalmente se le preguntó si debía primar algún derecho sobre el otro, afirmando lo siguiente:

“Es claro que ningún derecho puede estar por encima y soslayar otro. Se trata de un proceso que se nutre el uno del otro. Sin educación no habría la posibilidad de crear o producir y sin protección a las creaciones que estimulo o aliciente tendrían los autores para generar conocimiento. El derecho a la educación y el derecho de autor son derechos paritarios y ninguno puede primar sobre el otro. Así lo ratifica el Art. 27 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 cuando dispone:

- 1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten.*
- 2. Toda persona tiene derecho a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora.”*

El caso de la UNIANDES llama la atención por los rasgos particulares que tienen al abordar las limitaciones y excepciones al derecho de autor y su vacío normativo con el entorno digital y la educación. A pesar de este vacío, lleva a cabo una interpretación y extensión de la limitación y excepción existente para la educación en el ámbito virtual, apoyándose para ello en el cumplimiento de la regla de los tres pasos y en las declaraciones concertadas de los Tratados OMPI de internet de 1996.

Los contenidos de los cursos vienen a estar determinados por los profesores al igual que en la UNAL, no siendo de todas maneras este tipo de material, pero

supeditado a que estas producciones pasan a ser de propiedad de la Universidad, tal y como ocurre en la UNAL.

Frente a las MTP que adopta UNIANDES para la protección de los materiales puestos a disposición de los estudiantes confirma que se toman todas aquellas que se encuentran a su alcance, sin precisar en cuáles, lo que deja un velo de duda, pero diferenciando a esta Universidad en que no depende esto únicamente de lo que determine el profesor vinculado a dicha institución.

Otro punto que se destaca de UNIANDES es el hecho que tiene una regulación que deben cumplir los estudiantes en el uso de las herramientas tecnológicas, lo cual permite actuar al órgano encargado de la Universidad para que lleve a cabo el monitoreo de las actividades que llevan a cabo todos los que se encuentren conectados dentro de su red. Es claro que estas disposiciones tiene una gran similitud con los términos y condiciones de uso de la plataforma de la Universidad de Phoenix. Igualmente se resalta que de los centros educativos que se consultaron en el presente trabajo de investigación, UNIANDES es la única que cuenta con una reglamentación de esta naturaleza.

Llama la atención que, a diferencia de lo respondido en la UNAL, considera que ninguno de los derechos en cuestión debe primar sobre el otro, apoyándose para esto en la declaración universal de derechos humanos.

6.3 UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA - UNAD²⁴⁶

Este centro educativo nació como proyecto mediante la Ley 52 de 1981 y para ese entonces se conocía como “Unidad Universitaria del Sur de Bogotá” o “UNISUR”. Posteriormente la ley 396 de 1997 la transformó en la UNAD. Es hasta el 2005, mediante la resolución 6215 del Ministerio de Educación Nacional, le es reconocido a la UNAD su estatus de Universidad. En el 2006, con el decreto 2770

²⁴⁶ MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Universidad Nacional Abierta y a Distancia. [en línea]. [consultado el 11 de enero de 2011]. Disponible en www.unad.edu.co

se le reconoce como establecimiento público de carácter nacional adscrito al Ministerio de Educación Nacional.

Este centro educativo fue concebido con el fin de desarrollar e implementar programas educativos a distancia, teniendo en cuenta las diferentes necesidades de cada una de las regiones de nuestro país, sirviéndose para ello de las diferentes herramientas disponibles. Llama la atención que dentro de sus objetivos, se tiene en cuenta que debe responder a las demandas educativas no sólo nacionales, sino también internacionales.

6.3.1 Acuerdo 006 de 2008 – Estatutos de Propiedad Intelectual. El presente estatuto desde su art.5 reconoce que se encuentra subordinado a las leyes nacionales e internacionales que Colombia adopte en materia de de propiedad intelectual, rigiéndose la interpretación de este documento por dichas normas.

Seguidamente, adopta de manera expresa la presunción de buena fe respecto a que la producción de esta naturaleza ha sido llevada a cabo respetando los derechos de propiedad intelectual. En caso de faltar a esta presunción, la UNAD hace responsable a quien se ha declarado como autor y/o creador, de los diferentes perjuicios que pueda llegar a ocasionar por este hecho, obligándose a mantener indemne a este centro educativo²⁴⁷

Un punto que llama la atención es que desde su art. 11 la UNAD se compromete a difundir y capacitar a toda su comunidad de las obligaciones y derechos que se establecen por este medio.

²⁴⁷ UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA. Acuerdo 06 de 2008. artículo 8. Responsabilidad e Indemnidad: *“La UNAD protege y facilita la producción intelectual de todos los miembros de la comunidad universitaria, la cual se presume como realizada por el miembro o miembros de ésta comunidad sin contravenir o afectar derechos de terceros; pero, en todo caso, la responsabilidad será exclusiva de sus autores y/o creadores, quienes asumen el compromiso de respetar los derechos de terceros y de afrontar las indemnizaciones por daños y perjuicios que surjan de cualquier tipo de acción administrativa, civil o penal. Para todos los efectos la Universidad se mantendrá indemne y actúa para todos los efectos legales como un tercero de buena fe, exento de culpa.”*

En el Capítulo Tercero, se aborda lo concerniente a los derechos de autor, brindando en su artículo 14 la siguiente definición a su comunidad:

“Se entiende por Derecho de Autor, aquella prerrogativa de orden moral y patrimonial que se otorga por parte del Estado a todo creador de obras literarias, artísticas o científicas, incluido el soporte lógico (software) y las bases o bancos de datos, desde el momento mismo de la creación, sin que se requiera registro, depósito o formalidad alguna; siempre y cuando cuente con rasgos de originalidad (esfuerzo intelectual) que permitan distinguirla de otro u otros mediante su contenido de hechos, ideas, sentimiento expresado, concretado o materializado a través de manifestaciones tales como las letras, la música, la palabra o el arte figurativo, sin que importe para ello su mérito, calidad o destinación. Este debe constituir un producto concreto y acabado, apto para ser reproducido o definido por cualquier medio conocido o por conocer.

PARÁGRAFO: *No son susceptibles de protección las ideas. Estas son libres y nadie puede apropiarse de ellas. Única y exclusivamente serán objeto de protección por parte del Derecho de Autor la materialización y concreción que el creador haga de ellas a través de obras literarias, artísticas o científicas que se logren de manera completa, acabada y unitaria.”*

Esta definición es una breve reseña de los diferentes aspectos que comprende el derecho de autor, abordando posteriormente los diferentes derechos que establece la ley vigente en nuestro país. Se hace expresa mención en su art. 19 a que las utilizaciones que se hagan de obras protegidas por este derecho, debe contar con la autorización previa y expresa del titular de los derechos. A pesar de esto, en el art. 20 de este reglamento, se transcribe y se modifica lo estipulado en la Decisión Andina 351 de 1993 en cuanto a que la Ley permite llevar a cabo, sin autorización del autor:

“a) Citar en una obra otras obras publicadas, siempre que se indique la fuente y el nombre del autor, conforme a los usos honrados, en la medida justificada para el fin que se persigue, sin que se cause un grave e injustificado perjuicio a los intereses legítimos del autor o titular, y no se afecte la normal explotación de la obra.

b) Reproducir para la enseñanza, o para la realización de exámenes en instituciones educativas y en la medida justificada para el fin que se persiga, artículos lícitamente publicados en periódicos, o colecciones periódicas, o breves extractos de obras, siempre que tal utilización se haga conforme a los usos honrados, y que la misma no sea objeto de venta u otra transacción a título oneroso, ni tenga directa o indirectamente fines de lucro.”

Es claro que se adecúa el literal b) al eliminar las reproducciones por medios reprográficos, haciendo totalmente aplicable a los medios digitales, tal y como ocurre con lo establecido al interior de la UNIANDES. A pesar de esto, aclara en el parágrafo del mismo artículo, que estas utilizaciones están sujetas al concepto de los usos honrados, regla de los tres pasos, no siendo totalmente libre sino condicionada a la aplicación de esta excepción²⁴⁸.

Para aclarar y asegurarse la titularidad de los derechos patrimoniales de las producciones intelectuales de su comunidad, la UNAD en su estatuto de propiedad intelectual, establece en el artículo 26 los casos en los cuales este centro educativo se convierte en el titular de estos derechos:

“Cuando se trate de creaciones intelectuales de los docentes, tutores, estudiantes, investigadores y demás personas vinculadas a la Universidad, realizadas en cumplimiento del objeto y funciones propias de la vinculación laboral o contractual con la Institución que impliquen la elaboración de trabajos según plan señalado por la Universidad bajo su cuenta y riesgo, iniciativa, dirección y coordinación.

-Cuando se trate de creaciones intelectuales de los estudiantes, realizadas en cumplimiento de labores operativas, recolección de información, bases de datos y demás tareas instrumentales, o por encargo de la Universidad. Según plan señalado por ésta, bajo su cuenta y riesgo, iniciativa, dirección y coordinación.

²⁴⁸ Ibid., art. 20, Parágrafo: “En general todas las limitaciones y excepciones consagradas en la legislación vigente serán aplicables en el marco de los denominados Usos Honrados Fair Use); es decir, todo uso que no cause un grave e injustificado perjuicio a los intereses legítimos del autor, ni afecte la normal explotación de la obra y esté previamente establecido de manera taxativa y concreta, y no tenga ánimo de lucro directo o indirecto.”

-Cuando la Universidad dirige, coordina, orienta, divulga, publica y comercializa a su nombre, una obra colectiva realizada por su cuerpo académico, personal administrativo o estudiantes que la realizan bajo iniciativa de la Universidad y bajo su subordinación o dirección, siguiendo las directrices de la Universidad y bajo cuenta y riesgo de ésta.

En general, cuando se trate de creaciones y/o desarrollos realizados en virtud de una relación laboral o contractual, de toda clase de persona vinculada por la universidad para tales efectos; los Derechos de Propiedad Intelectual Patrimoniales, Económicos o de Explotación de toda clase de creaciones protegidas por esta disciplina, que se generen con motivo de la ejecución de los trabajos y actividades objeto de la relación laboral o del contrato y que se concreten en éste o en documento adicional; pertenecerán en cuanto a Derechos Patrimoniales (Reproducción, Comunicación Pública, Transformación y Distribución) o de explotación económica se refiere a la Universidad. Los Derechos Patrimoniales, económicos o de explotación de que aquí se trata se refieren no sólo a formato o soporte material, sino que se extienden a mensaje de datos Internet, (EDI, correo electrónico etc.), y en general a cualquier medio electrónico, óptico, magnético o similar, y en general a cualquier forma de utilización, reproducción o definición, conocido o por conocer. (...)"

Dicho esto, es claro que la UNAD se atiene al artículo 20 de la ley 23 de derechos de autor en la que se transfiere la titularidad de los derechos patrimoniales cuando existe una relación laboral, cuando sea una obra por encargo, cuando se desarrolle en cumplimiento de las actividades operativas propias de los estudiantes o cuando medie la dirección de la Universidad a través de sus representante para dirigir a un grupo de personas.

Particularmente se señala que en el caso del cuerpo académico y/o el personal de apoyo administrativo, en concordancia con lo previsto en el estatuto docente, serán de propiedad de éstos dichas producciones:

“-Cuando se trate de creaciones intelectuales realizadas por los docentes, tutores, consejeros e investigadores, ordinariamente por su propia iniciativa, éstas

pertenecerán en cuanto a Derechos Patrimoniales y Morales a éstos; salvo cuando las mismas han sido generadas, creadas o realizadas por estos en cumplimiento del objeto y funciones propias de la relación laboral o contractual con la Universidad, e impliquen la elaboración de trabajos según, plan señalado por la Universidad bajo su cuenta y riesgo, iniciativa, dirección y coordinación.

-Cuando se trate de ponencias, conferencias o lecciones dictadas por los docentes, tutores, consejeros e investigadores, quien las pronuncia o dicta, independientemente del derecho a realizar anotaciones efectuadas por los estudiantes a quienes van dirigidas. Para su publicación, exhibición o reproducción total o parcial por cualquier medio, se requiere la autorización previa y escrita de quien las pronuncia o dicta.”

En el caso de los estudiantes, se tiene que son propiedad de éstos las producciones intelectuales cuando:

“-Cuando se trate de creaciones intelectuales realizadas por los estudiantes en ejercicio de sus actividades académicas, y que hayan sido realizadas por su propia iniciativa, y que no implique vinculación con la Universidad a través de relación laboral, de prestación de servicios o como parte de un equipo de trabajo conformado por la Universidad para llevar a cabo un proyecto específico.

-Cuando se trate de creaciones intelectuales realizadas bajo la dirección de un docente, tutor o investigador, sin que tal dirección implique la concreción, materialización y ejecución de la creación; y el estudiante haya concretado y materializado de manera independiente y propia cualquier tipo de proyecto, idea, método o contenido conceptual.”

Seguidamente aclaran que todas estas disposiciones no son aplicables en los casos en los que ellos, los titulares, hayan cedido total o parcialmente sus derechos patrimoniales de autor, acogiéndose para ello a las formalidades exigidas por la ley.

Finalmente, en el artículo 37 consagra lo referente a los “usos honrados” que de las diferentes producciones intelectuales debe hacer la comunidad universitaria, recordando que este concepto abarca la regla de los tres pasos.

6.3.1.1 Producción Intelectual en Formato Digital. El estatuto de propiedad intelectual de la UNAD establece en su Capítulo octavo el tratamiento del material multimediático, del cual se sirve para el desarrollo de sus cursos virtuales. Entre los artículos 28 y 31 podemos encontrar que esta institución promueve la producción de materiales pedagógicos en múltiples formatos (contenidos multimedia) en formato digital, registrando estas producciones con el International Standard Book Number (ISBN) o al International Standard Serial Number (ISSN)²⁴⁹. La UNAD hace mención expresa en su artículo 29 al decir que llevará a cabo el registro de “*libros, revistas, videos, transparencias, cassettes, CD de audio, CD ROM, DVD, objetos virtuales de aprendizaje, microfichas, y contenidos para el desarrollo de procesos de aprendizaje en ambiente virtual.*” Esto teniendo en cuenta también la normativa disponible referente a objetos digitales y sin menoscabo de los derechos morales de autor de aquellas personas naturales que desarrollaron estos materiales o contenidos.

6.3.2 Acuerdo 008 del 03 de Octubre de 2006 - Reglamento Estudiantil UNAD. En el Capítulo X se encuentran consagrados los derechos y deberes de los estudiantes de la UNAD. En el artículo 69, entre sus varios deberes se establece:

- j) *Preservar y respetar la autoría intelectual que se derive de las actividades académicas y de investigación.*
- l) *No cometer fraudes, engaños, ni actos que atenten contra la moral, las buenas costumbres ni contra el normal funcionamiento académico o administrativo de la institución.*

²⁴⁹ CÁMARA COLOMBIANA DEL LIBRO. ¿Qué es el ISBN?. [en línea]. [consultado el 23 de febrero de 2011]. Disponible en http://www.camlibro.com.co/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=2. El ISBN es el número de registro internacional de libros, mientras que el ISSN es el número internacional para publicaciones periódicas tales como revistas y/o periódicos entre otros.

En este reglamento se puede observar que existe una mención al respeto que deben tener los estudiantes de la UNAD frente a los derechos de autor, considerándose como una falta disciplinaria el incumplimiento de este deber, el cual puede llegar a ser sancionado, previo proceso disciplinario, a sanciones como la amonestación, matrícula condicional, cancelación temporal o cancelación definitiva de la matrícula al estudiante.

6.3.3 Acuerdo No. 009 del 26 de Octubre de 2006 - Estatuto Docente UNAD.

En el Capítulo V de este documento, se dan a conocer los aspectos que comprende el régimen disciplinario docente, así como sus derechos, deberes y obligaciones. Esta reglamentación, en palabra del mismo estatuto *“tiene por objeto asegurar a la sociedad y a la Institución la eficiencia en la prestación del servicio público, la ética y la responsabilidad de los docentes, y a estos, los derechos y garantías que les corresponden como tales”²⁵⁰.*

En lo que nos interesa, el artículo 32 de este Estatuto, le impone a los docentes de este centro educativo el deber de:

- a) Respetar y cumplir la Constitución, las Leyes y, los Estatutos y Reglamentos de la UNAD.*
- e) Observar una conducta acorde con la dignidad de la institución, y cumplir con ética las normas inherentes a su profesión y su cargo.*
- f) Ejercer la actividad académica con sujeción a principios éticos, científicos y pedagógicos, con rigor intelectual, y con respeto por las diferentes formas de pensamiento.*
- o) Dar a conocer a las directivas, los hechos que pudieren constituir faltas disciplinarias y los hechos punibles, de cualquier miembro de la comunidad universitaria, que causen perjuicio a la UNAD.*

²⁵⁰ UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA. Acuerdo 009 de 2006. art. 30.

Al igual que en UNIANDES, no se le hace una mención expresa a la obligación de mantener una observancia de los derechos de autor, limitándose a hacer una referencia a las normas generales y a la ética que deben guardar estas personas en su profesión.

6.3.4 UNAD – Aulas Virtuales y el Derecho de Autor

6.3.4.1 Entrevista a Martha Viviana Vargas. La entrevista se llevó a cabo en 2009 a Martha Viviana Vargas quien se desempeña como coordinadora de la Escuela Académica de la UNAD. Siendo una persona que se encuentra al tanto de los procesos internos por su nivel jerárquico dentro de dicha institución, se tuvo como idónea para el planteamiento de las siguientes preguntas:

¿Cómo surgió la idea de ofrecer los cursos virtuales en la UNAD?

“La UNAD, es una universidad que cumplió 28 años y empezó con la idea de ofrecerles educación a las personas menos favorecidas. En un principio se llamaba Unisur pero no tenía la categoría de universidad propiamente dicha. Hace 6 años adquirimos la categoría de universidad y con un convenio que se hizo con la universidad de Florida, porque allá hay una sede de la universidad, se hace la compra de los tres servidores los cuales promueven todo lo que es señal, plataforma virtual y cursos. Nuestros cursos están en una plataforma virtual.

La idea surge de la experiencia de otras universidades, sobre todo de la de Cataluña, que es una universidad de educación a distancia en España que tiene una trayectoria bastante interesante y de la UDIMA (Universidad a Distancia de Madrid). Con el apoyo de estas dos universidades y del doctor Miguel, ya fallecido, fue uno de los asesores e ideólogos de la UNAD. Él estuvo en España haciendo una investigación bastante interesante y llegó aquí en Colombia a proponer esta modalidad de estudio. La UNAD es pionera de cursos por mediación virtual, y aunque todo cambio tiene sus inconvenientes, ya estamos en la implementación de estos cursos en un 80 %.”

¿Cuáles son los inconvenientes que han tenido en la presentación del modelo?

“Por un lado vivimos en un país donde la cobertura digital no es máxima. La brecha digital es bastante fuerte. El máximo inconveniente que se presenta, es por parte de la conectividad; otro es que las personas están reacias a aceptar la virtualidad.

Al principio el manejo de la tecnología era complicado, sobre todo en el ámbito de las ciencias humanas ya que estamos en contra de la tecnología porque pensamos que mediatiza al hombre. Por otro lado, nosotros también manejamos un grupo de estudiantes que por su condición económica tienen problemas de conectividad, de acceso a Internet, entonces ha sido problemático pero al mismo tiempo hemos ido avanzado tanto que ya tenemos vinculados indígenas. Con esta mediación virtual estamos hablando de casi un 20% de indígenas que manejan totalmente la mediación virtual.”

Cuando era Unisur, ¿la UNAD trabajaba con correspondencia?

“Trabajamos con radio, correspondencia, todo lo que tiene que ver con educación a distancia tradicional. Se trabajaron módulos, guías y luego educación semipresencial. Ahora estamos implementando la virtualidad en postgrados y está en un 100%, y en pregrado estamos hablando de un 70% de virtualidad y el otro 30% es mediación tradicional aunque a distancia. A pesar de que estamos estableciendo que los pregrados sean un 100% virtual, nos tuvimos que devolver porque encontramos que en algunos momentos es importante la interacción con el docente, entonces estamos haciendo una educación mixta. Utilizamos las plataformas, la mediación virtual y la mediación directa con el profesor y el tutor. Sobre todo en áreas apartadas de Colombia donde la mediación virtual es complicada. Manejamos por ejemplo estudiantes de Santander de Quilichao, donde está el conflicto, aunque nuestros gobernantes digan lo contrario. A veces hay una hora de Internet a la semana y a veces no. Cuando tú haces un

programa de pregrado o postgrado 100% virtual y tienes una hora de Internet a la semana es muy difícil. Entonces manejamos con ellos el módulo impreso, tutores de apoyo y la mediación virtual.”

Aproximadamente, ¿cuántos cursos virtuales ofrecen la UNAD a los estudiantes de pregrado y postgrado?

“No sé de la UNAD, te puedo decir de la Escuela. La Escuela tiene un promedio de ochenta y tres (83) cursos por mediación virtual. Algunas en las licenciaturas. En los pregrados se ofrecen en las dos modalidades, pero estoy segura que en los postgrados su totalidad tiene todos los cursos por mediación virtual. Vamos a abrir en la Escuela 4 licenciaturas que tienen totalmente la medición virtual.”

¿Los cursos están estructurados de manera que haya un mínimo de interacción con los profesores?

“Nosotros manejamos por normatividad el mismo número de horas que se maneja en una universidad a distancia con los requerimientos solicitados. Manejamos un promedio de cuarenta y ocho (48) horas de interacción. Se maneja a través de las plataformas. Los cursos de nosotros utilizan foros, chat algunos grupales, otros personales con los tutores. Cada tutor debe dedicar dos horas al día al estudiante. Manejamos la interacción y el trabajo individual. Se maneja el aprendizaje autónomo como modelo pedagógico.”

¿Es un modelo asincrónico?

“Totalmente, porque es complicado tener los estándares para cubrir desde la Guajira hasta la Amazonía al mismo tiempo. Pero eso también ha permitido el trabajo eficaz porque la plataforma también permite que los estudiantes hagan el trabajo en grupo sin estar todo el tiempo juntos. Nosotros manejamos software libre como en formatos wiki, a través de foros, de blogs par. Entonces ellos van interactuando y así tienen la oportunidad de trabajar juntos. Eso ha sido de las

ventajas del software y de la virtualidad. Por eso decidimos que fuera una educación 100% virtual.”

Aproximadamente, ¿cuántos docentes están dedicados a los cursos virtuales?

“En la UNAD, estamos los profesores 100% dedicados a los cursos virtuales. Tenemos un diplomado que nos ofrece la vicerrectoría de medios y mediaciones tecnológicas y pedagógicas, donde todos los profesores nos estamos capacitando para el manejo virtual. Por lo menos cada uno tiene un curso virtual. Así tengamos obligaciones administrativas. Es la normatividad del rector.

Tenemos cursos donde se manejan 30 estudiantes que es lo máximo que se puede trabajar por plataforma virtual. Hay también un equipo fuerte de productores de material didáctico que hacen objetos virtuales de aprendizaje, donde se manejan todas las Nuevas Tecnologías de la Información, los videos, sonidos, etc.; los módulos se producen. Entonces en este momento estamos arrancando con módulos. Antes lo manejábamos con un libro pero con 200 páginas, era complicado. Ya se hizo la contratación para que profesionales de las diferentes áreas adaptaran esos módulos a lo virtual. Entonces con videos manejamos un software que se llama “exe learning” y se hace la navegación por medio de links. Además permite que el curso sea menos pesado para que los estudiantes avancen. Algo parecido a lo que hace la UNED. Tenemos un convenio fuerte con ellos y con el Tecnológico de Monterrey en México, que son las dos instituciones más fuertes en Hispanoamérica. Ellos vinieron, nos capacitaron y nos dieron las herramientas que recomiendan como Adobe, Flash, dispositivos de movimiento. Eso hace que los estudiantes se sientan más a gusto. Algunos esperan el módulo impreso y lo leen. Eso depende de las formas de estudio.”

¿Me dice usted que hay una unidad que se encarga de ver los contenidos para los cursos?

“Sí, aquí funcionan en tres (3) vicerrectorías. Hay una que se llama vicerrectoría de mediaciones pedagógicas, aquí hay ingenieros que se encargan de esta parte, están las escuelas. Hay 5 facultades pero aquí le llaman escuelas, hacen convocatorias internas para contratar gente. Aquí se maneja la figura del director de curso y tutor. El director monta la plataforma de su curso como tal, organiza las horas según el contenido de los cursos virtuales de aprendizaje y elabora el contenido, organiza su módulo de acuerdo a las figuras etc., y ese tipo de dispositivos que permite que el estudiante interactúe con el curso.”

¿Los docentes pueden dar orientaciones del diseño del curso?

“Hay un estándar para hacer el curso. El curso se llama “CORE” se traduce “Corazón” del Modelo Pedagógico de la UNAD. Hay un tutorial que es cómo hacer un curso. Aparte de ello durante la primera semana de todos los semestres se maneja una “inducción” a los estudiantes para que manejen la plataforma. Debo decir que mientras no manejes la plataforma es complicado. Y hay un foro que se llama “foro de noticias de la U” y allí los estudiantes ponen, por ejemplo, por dónde subo el trabajo, entonces la tarea del tutor es decirle mira es por aquí. Hasta tenemos en Youtube un video que te muestra como subir un trabajo colaborativo de la UNAD. Pero estamos hasta ahora innovando para hacer tutorial, para que los estudiantes puedan manejar esa parte.”

Normalmente, ¿los docentes son tiempo completo?

Aquí se maneja varios tipos de contratación. Hace 2 años comenzó la carrera para profesores de planta y hasta ahora van en la segunda convocatoria. De la primera a penas tenemos 40 docentes, 3 en especialización en ciencias de la educación. Ahora todos con maestrías y comenzó la consultoría para especialistas. Tenemos entendido que comienzan el primero (1) de agosto y hay una tercera convocatoria

para los investigadores docentes de planta. Los demás estamos contratados por resolución y tenemos profesores de tiempo completo, medio tiempo y los de hora cátedra que se contratan cada 4 meses. Todos los profesores deben estar en la UNAD y que tengamos el diplomado para curso de medios tecnológicos y si no, no hay contratación. Este lo ofrece la UNAD para personas externas y su costo es de novecientos mil pesos (900.000), nosotros apenas pagamos el segundo que tiene 8 módulos: unos de 8 créditos, otros de 12, luego sigue por tutor virtual luego el director, constructor de material didáctico Oba, manejo de exe learning. Hay varios.

Aproximadamente, ¿cuántos estudiantes tienen en la UNAD?

Tiene cincuenta mil (50.000) estudiantes. Es la universidad más grande de Colombia porque su mediación virtual permite eso. La Escuela Superior de Educación, es la más pequeña tiene apenas tres años.

En especializaciones tenemos ochocientos veinte (820) estudiantes por cursos virtuales. Es un número significativo. Ahora estamos manejando una capacitación con la Secretaría de Educación y con el Ministerio de Educación Nacional para los profesores antiguos, porque a veces ellos no entienden el lenguaje de las nuevas tecnologías de la información y no les interesa. Eso ha sido complicado y hay como reacciones fuertes pero igual lo toman.

El Ministerio, ¿cómo apoya a la UNAD?

Los programas comienzan por un registro calificado. En este momento estamos trabajando en la organización de las especializaciones para el paso a maestría a través de una convocatoria que hizo el Ministerio de Educación en septiembre del año pasado. Hizo todo el proceso de selección y documentación. Tenemos visita de varios académicos para la acreditación de alta calidad para el proceso del paso a maestría. Ellos están muy interesados en la educación virtual tanto que llama a la UNAD para que capacite a sus docentes porque se tienen las competencias y sobretodo la plataforma.

Hay universidades privadas como la de Los Libertadores, la CUN, que también se están interesando en la educación virtual. Pero esto con un software libre cualquier persona puede montar un curso en Moodle, pero un curso en esto se cierra si no se tiene el soporte.

La UNAD cuenta con 5 plataformas. Por esa aparte tenemos ventaja pero el Ministerio igual nos apoya y ahora hacemos parte de los programas de educación formal que permite que los profesores que no son licenciados puedan hacer su carrera como docentes.

¿A qué tienen derecho las personas que pagan la matrícula para ingresar al curso virtual?

Tienen derecho al campus virtual, a la biblioteca virtual donde están todos los módulos de los cursos, a la acción tutorial y al tutor presencial. Generalmente a este último no lo utilizan y los profesores se quejan porque ningún estudiante le pregunta por el contenido de los cursos. Y esto se debe porque el problema ético en Colombia es fuerte. Fuerte porque sospechosamente a todos se les va la luz el día de la lección evaluativa. Los estudiantes sospechosamente dicen que entran 50 mil veces a la plataforma pero lo que ellos no saben es que la misma plataforma permite ver todo lo que hacen, si realmente entraron, a qué hora, si abrió el módulo si no lo abrió. Entonces hemos tenido problemas con los estudiantes sobretodo en este tema porque estamos acostumbrados a una cultura de la mediocridad.

Hemos tenido problemas de plagio y tenemos un software libre que se maneja por link, se llama “blogspot”, allí se puede ver exactamente de dónde pegaron de Internet. Esto lleva a subestimar al tutor diciendo como usted no mira, usted no abre. No hay un respeto por el trabajo del otro compañero. Es complicado porque para el estudiante es difícil hacer un trabajo propio e Internet le facilita todo. No hay un sentido de lo moral, allí entonces me parece interesante el tema por ese lado. Hemos tenido varios problemas y la UNAD cuenta con tres personas del Consejo Superior que maneja la parte de ética. Es un comité de ética universitario que trabaja al respecto.

¿Es sólo responsabilidad del profesor detectar que no ocurran los plagios que pueden llegar hacer los estudiantes?

Si los mismos estudiantes ayudan a detectar eso y no porque sea responsabilidad de ellos. Ahí se ve lo que es responsabilidad social. Los mismos estudiantes se dan cuenta y lo reportan “profe mire que este compañero copio el texto de tal lado”. Hay una cultura por el modelo pedagógico de la UNAD, el cual consiste es que no se haga el copy-paste (copiar-pegar) sino que ellos mismos puedan elaborar sus textos.

Pero también se escandaliza el tutor. Ahora tenemos un caso descarado. Un profesor hizo un plagio de la manera más cínica y fue al Consejo Superior y el comité de ética está evaluando también el caso. Hay que ver qué medidas pueden tomar la universidad porque no nos podemos quedar quietos como academia frente a este tipo de cosas. Es un proceso difícil de cumplir.

La UNAD, ¿desde cuándo está con la observancia de derechos de autor frente al plagio?

Desde que la UNAD abrió la parte virtual el documento ha existido. Siempre ha habido una preocupación fuerte. Es más, el rector no puso un ingeniero porque no puede deshumanizar. Por eso se buscó un ingeniero y un filósofo. Hasta ahora hay una preocupación desde los comités, tutores, escuelas. Nos reunimos con los coordinadores. Estamos en un proceso que nos ha ayudado a detectar los problemas de plagio, que han venido creciendo y cada vez más descarados.

La medida tecnológica, ¿es muy incipiente?

Dentro de lo que yo he visto a nivel de investigación no existe una gestión de derechos como tal, pero en España si hay. Aquí el sistema que utilizan para localizar los de las obras no existe, allí parte de la responsabilidad de los profesores y de la infraestructura de lo que es la observancia. Es una medida

técnica que las universidades la tenga para saber quién descarga y quién tiene derecho al material. Lo único que se ha hecho y se maneja desde los cursos es que tienen un código, una clave para que nadie pueda acceder allí. Hay cursos virtuales que están montados por Google, se busca y se baja, pero aquí sí se ha manejado más esa parte, por ejemplo cuando un estudiante acaba se le cierra la plataforma pero aún así hay personas muy ágiles, hay ingenieros, hay hackers por todo lado.

Dentro de los contenidos virtuales, ¿manejan Word, Excel, PDF?

Nosotros manejamos casi todo en PDF y el software que permite la navegabilidad casi a través de un link pero igual ello te permite copiar y pegar. Entonces es difícil. También manejamos lo que es el metadato a nivel interno ya que utilizamos OVAS (Original Video Animation – Animación Original en Video) que no son de nosotros y tenemos el convenio con universidades para esto.

¿A cargo de quién está la elaboración de los contenidos de los cursos?

Se hizo una convocatoria pública. Se presentan las personas y el comité encargado selecciona las hojas de vida. Cada curso tiene un productor, un interventor interno y uno externo. Me explico, vas a hacer el curso, se hace el montaje, el módulo, el protocolo que es el mapa de ruta y la traducción al inglés, porque estamos implementando nuestros cursos de inglés.

El interventor externo es la persona que se contrata de afuera, a él se le entrega una estructura para que revise el curso, el análisis de derecho de autor que es un capítulo completo de esta interventora y hay un interventor interno que conoce los cursos de la UNAD. Los profesores deben hacer correcciones según lo que le diga los interventores. A partir de eso ya se le hace el contrato y se le paga.

¿Qué hacen si el profesor comete una falta de ética grande?

Está vigilado porque se supone que hay dos interventores que lo analizan, lo revisan, pero no estamos exentos de que haya plagio porque hay varias personas que lo elaboran.

Entre lo que se conoce como legislación de plagios en la elaboración de los diferentes contenidos de los derechos de autor, ¿qué tipo de sanciones tienen si se comete un plagio?

Hay sanciones si se evidencia un plagio. En algunas de las colecciones se maneja por proceso interno disciplinario. La sanción es de 5 años de inactividad como empleado público porque la universidad es pública tiene procesos diferentes. Por eso hay dos interventorías. Hay procesos que tienen un tiempo y se maneja como medida preventiva.

Aparte de las dos interventorías, ¿hay otro filtro?

No, sólo están las dos interventorías y ya pasa para publicar el curso.

¿Son simultáneas?

No. La primera es la interventora externa y al interventor interno se le entrega la interventoría externa más el curso ya con las correcciones. No hay otro filtro.

Los profesores que estén interesados en agregar elementos al curso y que no estén en el módulo pero que ya haya pasado por la interventoría, ¿está vigilado?

Sí. Hay un estándar y dentro de los cursos hay dos acreditadores. El primer acreditador es el coordinador del programa. Por libertad, el profesor puede cambiar el curso. Si quiere cambiar de lectura se puede hacer. Para ello se maneja a pie de página y se pone “este capítulo está modificado por x persona y está actualizado por tal otra”. Por lo general el autor del protocolo no es el autor del curso. El autor del curso entrega un protocolo. En el curso no se cambia el protocolo lo que cambia son los contenidos. Hay que tener en cuenta que los cursos no son del autor son de la UNAD pero se respeta el derecho moral al autor en todos los contenidos, y no lo puede publicar en otro lado porque son propiedad de la UNAD.

¿Los profesores de la UNAD están en conversatorio sobre los cuidados que deben tener con los derechos de autor en las producciones tanto de los estudiantes como los de ellos?

No hay conversatorios para los profesores, pero hay un curso completo sobre derechos de autor que está dentro de la normatividad institucional que se rige. Las personas que sí están en conversatorios y que interactúan en esa parte son los productores de material. A ellos sí se les hacen conversatorios, se les socializa el documento de derechos de autor de la UNAD que está aprobado por el Consejo Superior.

¿Todos los cursos virtuales quedan en un archivo de la Universidad?

Sí, la universidad maneja 3 subplataformas. Hay una que se llama JONCEN que es de contenidos, dentro de esa subplataforma hay otra que es DATATECH que es una biblioteca donde están todos los cursos. Está en un repositorio de contenidos virtuales, así se llama y los cursos están dateados por ejemplo 2006-2007-2008,

esa actualización se hizo en tal momento o este módulo es una actualización hecha por tal. Entonces ahí se respeta los derechos morales.

¿Hay alguna institución de derechos de autor que les haya ofrecido algún servicio de capacitación?

Tengo entendido de que cuando se organizó el documento se hizo para que la UNAD se convirtiera en universidad. Allí estuvo sobretodo la Contraloría, hubo personas que vinieron a manejar esa parte. Las producciones del material están vigiladas por la Contraloría. Pero la verdad no lo tengo muy claro, si han tenido injerencia directa en el documento pero no sé muy bien.

Dentro del reglamento estudiantil, ¿están todos los cuidados que deben tener los estudiantes, en cuanto a derechos de autor?

Sí claro, hay un estatuto general y hay además unos artículos dentro de la normatividad estudiantil, como para tutores y docentes.

¿Tiene conocimiento de cómo manejan todo lo de producciones dentro de estos estatutos?

Está en el documento general sobre derechos de autor.

A futuro, ¿cómo va a ser el desempeño de la UNAD?

La visión es seguir con los cursos virtuales a distancia, además se pretende virtualizar el 100% de la población para crear una cultura de la educación virtual. “Educación para todos y todas. Educación sin exclusiones”, es el lema de la UNAD. Ahora estamos con UNAD Bolivia, la idea es que se abra en Bolivia y en Venezuela, trabajar con comunidades de este tipo y seguir con coberturas a nivel

nacional. Abrir programas que permitan vincular a las personas de manera más directa todo por mediación virtual. Comprar más servidores. La UNAD Florida se mueve mucho en ese sentido.

¿Piensa que el entorno digital e Internet crea algún peligro para las personas que tiene una producción intelectual?

Me parece peligroso y no. El Internet ha posibilitado establecer comunidades de conocimiento y académicas que antes no existían. Ahora bien, es peligroso porque puede llegar un “vivo” a coger, organizar la información que estoy desarrollando y bajarla fácilmente. Pero me parece que desde que se tenga claro quién lo hizo y quién lo escribió no hay problema. Depende de la normatividad y de cómo se maneje.

Se le contextualizó a la entrevistada respecto del problema planteado en esta tesis y se le preguntó ¿cuál de estos dos derechos cree que debe predominar?

Yo creo que pueden ir de la mano porque el conocimiento no puede ser sólo mío. Vivimos en una sociedad del conocimiento, los derechos de autor son primordiales. Aquí se llama plagio cuando se pega de un autor y cuando es de muchos es investigación. Yo pienso que se debe acabar con eso. La UNAD, pienso yo que está llamada a poner un punto de partida muy fuerte porque son medios digitales.

De esta entrevista vale la pena resaltar varios puntos:

-Al ser una institución educativa que opera bajo la modalidad a distancia tiene unos lineamientos mucho más claros respecto del proceso interno que deben tener los materiales educativos.

-El respeto por los derechos de autor es una constante en este centro educativo a que no sólo capacitan a su personal respecto al tema, sino que cuentan con las herramientas tecnológicas para determinar la existencia de plagios.

-La elaboración de contenidos es un punto fuerte en la UNAD, ya que si bien el profesor puede intervenir en este proceso, la universidad cuenta con dos revisiones internas de estos contenidos para asegurarse que el docente no plagie.

Se puede afirmar que a pesar de la existencia del vacío normativo del derecho de autor en el entorno digital en cuanto a limitaciones y excepciones a la educación virtual, este centro educativo propende por un equilibrio entre el derecho de autor y la educación, ya que si bien es la titular de los derechos patrimoniales de los materiales que pone a disposición de los estudiantes en los cursos, sigue los lineamientos dados para referenciar obras que se encuentren en dicho entorno, además de monitorear la actividad de cada una de las personas que ingresa a su plataforma, guardando la posibilidad de controlar las actividades que llegaran a atentar contra los derechos del titular.

Uno de los llamados que se hace en esta y otra de las entrevistas es el hecho que internet ha facilitado la consulta de documentos al punto que se han incrementado los casos de plagio, incluso por parte de docentes, lo que nos lleva a afirmar nuevamente la necesidad de un compromiso que permita la interiorización por el respeto a la propiedad, no sólo material, sino inmaterial.

Finalmente, al igual que en UNIANDES opina que ninguno de los dos derechos debe prevalecer, sino que pueden coexistir. Esta afirmación la apoya en que actualmente nos encontramos en la sociedad de la información, donde el conocimiento no puede ser privado sino accesible a todos.

7. CONCLUSIONES

Con el ánimo de hacer accesible a todas las personas que se llegaren a interesar en la presente temática, se dieron al inicio las nociones básicas de lo que es la propiedad intelectual y de manera específica, el derecho de autor, así como lo que comprende su protección respecto a los objetos como lo son las obras artísticas, científicas y literarias, así como quiénes son los beneficiarios de estos derechos y las diferencias entre cada uno y finalmente los diferentes derechos de dominio que se tiene sobre este tipo de propiedad inmaterial como lo son los derechos morales y los derechos patrimoniales. Se ilustró acerca de cómo los derechos patrimoniales de autor abarcan las diferentes formas de explotación como lo es a través de la reproducción, transformación, comunicación al público, distribución, almacenamiento en medios digitales y todas aquellas formas bajo las cuales puedan ser susceptibles de explotación económica las producciones intelectuales.

Es claro que el propósito que se persigue con la creación de una obra es el de expresar pensamientos, conocimientos, opiniones, resultados de estudios, ilustrar teorías o ideas, contar historias, plasmar el arte en sus diferentes formas de expresión como lo es a través de las obras de arte plástico, musicales, software entre otras, las cuales se convierten en una expresión de la cultura propia de una comunidad, una región o un país. Estas obras son las que alimentan la cultura y se transmiten de una generación a otra, convirtiéndose éstas en potenciales materiales de los cuales se pueden servir los educadores para llevar a cabo su labor educacional, siendo la educación un derecho inherente a todos los seres humanos.

No obstante, las personas que llevan a cabo la producción intelectual, según la declaración universal de derechos humanos, tienen derecho a percibir una remuneración monetaria por el uso y explotación de sus obras, como fruto de su trabajo, lo cual crea un aparente choque entre dos derechos como lo son el que tienen las personas de acceder a la educación, a la cultura y a la información, y el derecho que tienen los creadores a percibir una remuneración por el uso que se le está dando a sus producciones.

Teniendo en cuenta este aparente choque de derechos, los cuales se encuentran consagrados y protegidos desde la Declaración Universal de Derechos Humanos, y en Colombia tienen un referente constitucional, se indagó acerca de la solución dada en un principio desde el Convenio de Berna, que es la norma que vincula a más de cien países actualmente y que es la fuente de la mayoría de las normativas a nivel mundial, encontrándose que el derecho de dominio que tienen los autores y/o titulares de derechos patrimoniales que recaen sobre las obras, puede ser limitado en circunstancias o situaciones especiales o excepcionales. Es precisamente la educación una circunstancia especial que fue considerada para tenerla como limitación a ese dominio absoluto sobre los bienes inmateriales, ya que el derecho de autor no puede ser un obstáculo para la educación de las personas, sería tanto como una monopolización del conocimiento y de la cultura sin ninguna posibilidad de acceder a ella si no se tienen los medios económicos. Este razonamiento fue el que se tuvo desde un principio al redactarse el Convenio de Berna, que como ya se ha mencionado, sentó las bases de la regulación al derecho de autor, se planteó que para que existiera una limitación y excepción al derecho de autor, se debía cumplir con la regla de los tres pasos, que es:

1. Que se trate de un caso especial.
2. Que no se atente contra la normal explotación de la obra.
3. Que no se cause un perjuicio injustificado al autor.

Esta regla que se concibió en el siglo XIX, se tiene como de total vigencia por su capacidad de adaptarse a las nuevas situaciones que se han generado a lo largo del tiempo gracias a los avances tecnológicos que permiten una mayor difusión de las obras. Es así como cuando apareció la máquina fotocopidora se planteó que existía un gran peligro para los derechos de los titulares y/o autores, ya que esta tecnología permitía una reproducción rápida y de buena calidad de obras literarias, científicas y artísticas, actividad que no se podía controlar fácilmente. Al ser una reproducción no autorizada por aquellos que detentaban los derechos patrimoniales de las obras, la normatividad se tenía que adaptar a los requerimientos de la época. En el caso colombiano, en la Ley 23 de 1982 se permitió la utilización, extendiendo este término a la reproducción, de obras con fines de ilustración y en la medida justificada para la enseñanza, siguiendo esta

normativa lo establecido en la regla de los tres pasos consagrada en Berna. Se confirmando la posibilidad de reproducir con fines educativos de manera expresa en la Decisión Andina 351 de 1993 en el que señala que esta reproducción puede ser llevada a cabo por medios reprográficos, recordando el principio de aplicación preeminente de las normas de la Decisión Andina en los casos que sean regulados por ambas normativas, regulándose entonces este aspecto por el literal b) del artículo 22 de esta última, tal y como lo confirma el concepto emitido por la Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia identificado con Radicación No. 2-2008-13224 del 6 de septiembre de 2008. El problema adicional que se encuentra en esta práctica es que los materiales, en el entorno análogo, son reproducidos una y otra vez cada semestre, llegando a afectar los intereses legítimos del titular de derechos, tal y como lo afirmó el asesor jurídico del CDR, Juan Carlos Serna Rojas, esta limitación y excepción es concedida para reproducciones esporádicas.

Es en estos términos en los que se planteó como problema de investigación el que existe un vacío normativo en las actuales limitaciones y excepciones al derecho de autor en Colombia, ya que regulación existente no hace mención alguna a las reproducciones digitales con fines educativos. Es de tener presente que las limitaciones y excepciones no se pueden hacer extensivas por vía interpretativa ya que son taxativas. Teniendo en cuenta que en nuestro país se están ofreciendo cada vez más cursos virtuales y ante la carencia de una regulación al respecto que propenda por un equilibrio entre los derechos de autor y el derecho a la educación que tienen las personas en general, se planteó como hipótesis el que los centros de educación superior ante este vacío, están adoptando medidas que promueven por una observancia y respeto por los derechos de los autores de las diferentes obras que llegan a utilizar en sus cursos virtuales. Dentro de lo que se pudo determinar en esta investigación se pudo establecer que las universidades deben cubrir diferentes variables relacionadas con el derecho de autor como los son:

a) Profesores: La planta docente de los diferentes centros educativos ceden sus derechos patrimoniales de autor a través del contrato de trabajo mediante el cual se vinculan a los diferentes centros educativos, pasando a ser de propiedad de esos últimos las producciones intelectuales que en el desempeño de sus funciones lleven a cabo los educadores. Se exceptúan de esta transferencia de

derechos las producciones intelectuales que realicen por fuera de las funciones propias de su actividad laboral. Así como los discursos que desarrolle en las clases.

A nivel práctico, esto no queda allí, ya que los centros de educación declaran que promueven dentro de los profesores campañas informativas acerca del respeto y cuidado que deben tener por los derechos de autor en su diaria labor, ya que ellos se basan para desempeñar su trabajo educacional en obras, haciéndose referencia genérica a éste último término ya que en el entorno digital utilizan no sólo textos, sino también materiales de audio, video, multimedia, flash, chat, video chat, etc. La forma en que recuerdan los planteles educativos del presente estudio acerca de estos derechos no se limita únicamente a establecerlo en el reglamento de los profesores, sino que también lo hacen a través de capacitaciones, documentos informativos y charlas periódicas.

Uno de los factores que se desconocían y que se pudo establecer a través del presente trabajo, es que los productos de los profesores, a pesar de ser quienes desarrollan los contenidos para las asignaturas que dictan, son revisados por un personal designado para ello, antes de cargarlos a la plataforma del centro de educación. En el evento en que los profesores incumplan con lo establecido para el respeto de los derechos de autor, se encontrarán sujetos no sólo a las sanciones disciplinarias del lugar de trabajo, sino también pueden llegar a asumir responsabilidades consagradas en la ley colombiana civil y penal, en caso que la revisión que se haga falle y se lleguen a causar perjuicios a la universidad para la cual laboran.

Un común denominador en el proceder de las Universidades a las que se investigó, es el exigir a los profesores las fuentes de donde han obtenido la información para referenciarla. En el caso de los artículos que se encuentran en internet, tienen los docentes la obligación de indicar a los estudiantes la dirección de la página de internet donde se encuentra dicho texto. Esto según lo indicado por la Dirección Nacional de Derechos de autor en las diferentes capacitaciones que ha ofrecido a estas instituciones. Es claro que a pesar del vacío normativo, las Universidades acuden a diferentes formas para mantener una observancia y respeto por el derecho de los autores.

En el caso de la Universidad Nacional llama la atención que los docentes han recibido charlas de capacitación en derechos de autor por parte de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, procurando una homogeneidad del conocimiento de ésta área por parte de un ente estatal. Otra de las particularidades encontradas se da en la Universidad de los Andes, donde hacen una aplicación extensiva de las limitaciones y excepciones al derecho de autor, tomando como base no la autorización previa y expresa de los autores de las obras transformadas, reproducidas y utilizadas en su red, sino que aluden a la Declaración Universal de Derechos Humanos como escudero para llevar a cabo todas las actividades carentes de regulación en Colombia en el entorno digital.

b) Estudiantes: Frente a los estudiantes se encontró que se atienen a lo que determine el reglamento estudiantil respecto de la observancia que deben tener de los derechos de autor en su desempeño académico, estableciéndoles como faltas el adjudicarse la autoría de producciones intelectuales de otras personas y el deber de nombrar las fuentes citadas.

Dentro del esquema de educación virtual se pudo encontrar particularmente un reglamento de utilización de los servicios de tecnologías de la información y la comunicación (Universidad de los Andes), donde van un paso más adelante incluso de la normatividad colombiana vigente. En este reglamento se establecen de manera enunciativa conductas en las que no deben incurrir los miembros de esta comunidad académica tales como utilizar esta red cerrada para fines distintos a los académicos como hacer propagandas con fines comerciales, transgredir las medidas técnicas de protección aunque sea con fines de prueba, utilizar el nombre de usuario de otra persona diferente a la cual fue asignada entre otras. Llama la atención que este tipo de reglamentación interna no se encontraba disponible en la UNAD, que es un centro de educación dedicado a la educación a distancia. Se encuentra un parecido con la forma en que instituciones norteamericanas ofrecen este servicio educativo a los estudiantes, concediéndoles una licencia de uso de la plataforma, de las herramientas y de los materiales que ponen allí a su disposición, teniendo el copyright (derecho de autor) una mención clara y expresa de la protección a la cual están sujetos todos los contenidos de dicho curso.

Igualmente dentro de cada una de estas instituciones se hacen campañas informativas para los estudiantes en las que se les recuerda la importancia de mantener el respeto por los derechos de los autores en su actividad académica. Llama la atención que en la página web de la Uniandes se tiene disponible para todas las personas que accedan a ella documentos acerca de cómo citar textos, lo que se puede considerar como un aporte de gran importancia al facilitar no sólo a su comunidad sino a todas las personas que lo deseen, información que propende por cultivar una armonía en la utilización de textos, protegidos por el derecho de autor, dentro de la academia.

Un punto común que se puede resaltar, y que obedece a las posibilidades que ofrecen estas nuevas tecnologías de la información y la comunicación a través de las plataformas de administración de derechos, es el poder monitorear la actividad de todos los usuarios (estudiantes, profesores y/o personal administrativo) que entran a la plataforma y revisar los contenidos que proveen a la misma, además de contar con herramientas que permiten ejercer un control contra el plagio que pueden llegar a cometer los estudiantes. Esto nos lleva a otro punto interesante y es el cambio que debe existir, y que se está dando, en el paradigma educacional. En la educación que muchos tuvimos, tal y como lo mencionó Carolina Queruz, nos enseñaban a copiar, a sintetizar textos, ideas, expresiones, pensamientos y a no decir de dónde lo habíamos extractado ni a quien pertenecía, en otras palabras, no había una cultura de respeto por la propiedad inmaterial. Es con lo que se lucha actualmente frente a una generación que cuenta con una herramienta como lo es internet, que le da la facilidad de encontrar textos o todo tipo de documentos que pueden provenir de fuentes confiables y otros que son información falsa o carente de fuentes. Así mismo las TICs permiten a los profesores realizar cotejos para verificar que el estudiante no esté incurriendo en plagio.

c) Contenidos: En cuanto al desarrollo de los contenidos se encontró que son los profesores los que determinan cuáles son los materiales educativos idóneos para el desarrollo de sus cursos. Es en esta parte donde se merece una especial atención, ya que es aquí donde recae buena parte de la discusión. A pesar de ser los docentes quienes conocen las obras que mejor sirven para ilustrar los conocimientos que desean enseñar en sus clases, en el entorno virtual no se trata

de igual manera que en el análogo, en el que simplemente llevaba un texto y lo entregaba a sus estudiantes para que lo fotocopiaran, hecho que se repetía semestre a semestre y que no tenía un mayor control de los centros educativos. Incluso se podía encontrar que en algunos casos las mismas facultades elaboraban y vendían las compilaciones de textos que los estudiantes debían leer durante el semestre por materia, hecho que bajo el concepto del CDR, incumple ostensiblemente con la regla de los tres pasos bajo los cuales se debe regir la limitación y excepción con fines educativos, ya que esta práctica lesiona los intereses legítimos de quien detenta la titularidad de los derechos patrimoniales ya se lleva a cabo una reproducción periódica y casi que ininterrumpida de obras. En el entorno digital encontramos que hay un mayor cuidado por las obras que se incorporan a un curso, ya que las universidades han mostrado gran interés en capacitar no sólo a sus profesores respecto a los derechos de autor, sino también a quienes prestan sus servicios al interior de estas instituciones para transformar y adaptar los materiales suministrados por los docentes. Se crea entonces un filtro o una autorregulación para evitar que se presenten casos de violaciones al derecho de autor por la utilización indebida o no autorizada de obras. Dado que en el entorno digital se encuentran disponibles también materiales digitalizados que cuentan con la previa autorización de los titulares de derechos y no únicamente materiales digitalizados sin autorización, la orientación que se ha venido dando incluso desde la Dirección Nacional de Derechos de Autor, es el de indicar la dirección electrónica, los llamados links o vínculos, donde los estudiantes pueden acceder a dichos materiales para que lleven a cabo su lectura, práctica que propende por un respeto por los derechos que detentan los diferentes titulares de derechos.

Los contenidos para este tipo de cursos ya no son los típicos materiales planos, los textos que se tenían que fotocopiar y leer los estudiantes. Actualmente se cuenta con personal que toma las obras del entorno análogo, las transforma a formato digital y las adapta para que sean pedagógicamente aptas para la educación virtual. En este entorno se busca un grado de interactividad de los contenidos con los estudiantes, por lo que no se puede hablar que sean únicamente textos en formato digital. El nivel de interactividad en algunas universidades no está definido por el profesor, sino por el departamento que desarrolla los contenidos. Como un común denominador se encontró que se encuentran materiales en diferentes formas como lo son textos, audio, video y multimedia.

Se ha observado que ciertas universidades han ampliado la limitación y excepción a las obras protegidas por el derecho de autor en el entorno digital, adecuando lo consagrado en las limitaciones y excepciones relacionadas en la Decisión Andina 351 de 1993 al eliminar el que las obras sean reproducidas por medios reprográficos. La razón en la que se apoyan para llevar a cabo esto radica en la declaración concertada del art. 1.4 del Tratado OMPI de Derechos de Autor en el cual se establece:

“El derecho de reproducción, tal como se establece en el Artículo 9 del Convenio de Berna, y las excepciones permitidas en virtud del mismo, son totalmente aplicables en el entorno digital, en particular a la utilización de obras en forma digital. Queda entendido que el almacenamiento en forma digital en un soporte electrónico de una obra protegida, constituye una reproducción en el sentido del Artículo 9 de Convenio de Berna.”

Recordemos que el artículo 9 del Convenio de Berna establece que los autores gozan del derecho exclusivo de autorizar la reproducción de sus obras por cualquier forma, otorgándole a los Estados parte del Convenio la facultad de establecer excepciones al mencionado derecho exclusivo siempre y cuando cumpla con la regla de los tres pasos.

Teniendo en cuenta la manipulación que hacen de las obras en las instituciones educativas, vale la pena preguntarse si la limitación que se extiende a las reproducciones digitales puede aplicarse de manera indiscriminada. En mi concepto la respuesta es negativa. Si bien la declaración concertada dice que las excepciones permitidas en virtud del mismo son aplicables al entorno digital, no se puede decir que se pueda hacer una **transformación** de la obra para adaptarla a un nuevo entorno sin autorización alguna, hacerla interactiva y finalmente reproducirla. Caso distinto es el del entorno análogo, que dentro de los parámetros de la legislación aplicable, puedo reproducir reprográficamente el fragmento que se va a utilizar de la obra y darla a los estudiantes para unas actividades propias de la enseñanza que se encuentran contempladas en la limitación y excepción de la Decisión Andina 351. Es claro entonces que no estoy

transformando ni adaptando la obra como se puede llegar a hacer en el entorno digital, por lo que no se puede afirmar que la declaración concertada del Tratado OMPI haga clara y explícitamente permisible el hecho de disponer de las obras en el entorno digital a como bien se tenga únicamente por perseguir un fin educativo. Este fue el caso de CEDRO contra Google, quien estaba llevando a cabo digitalizaciones de obras protegidas por el derecho de autor sin contar con la autorización de los titulares de derechos, por lo que no se puede afirmar que se puede tomar un texto que se encuentra en el entorno análogo y “transformarlo” a un formato electrónico alegando fines educativos sin que ello implique una transgresión de los derechos de autor.

Tampoco se puede descuidar el hecho que el Tratado OMPI de Derechos de Autor hace un llamado a los Estados Parte y no a los particulares para que legislen, si lo consideran necesario, en materia de limitaciones y excepciones en el entorno digital. Esto es claro cuando vemos la declaración concertada respecto del artículo 10:

“Queda entendido que las disposiciones del artículo 10 permiten a las Partes Contratantes aplicar y ampliar debidamente las limitaciones y excepciones al entorno digital, en sus legislaciones nacionales, tal como las hayan considerado aceptables en virtud del Convenio de Berna. Igualmente deberá entenderse que estas disposiciones permiten a las Partes Contratantes establecer nuevas excepciones y limitaciones que resulten adecuadas al entorno de red digital.

También queda entendido que el artículo 10.2) no reduce ni amplía el ámbito de aplicabilidad de las limitaciones y excepciones permitidas por el Convenio de Berna.”

Recordemos que el artículo 10 de este Tratado OMPI hace referencia, al igual que Berna, a que los Estados Parte de este Tratado pueden imponer limitaciones y excepciones a los derechos concedidos a los autores de obras literarias y artísticas siempre y cuando se cumpla con la regla de los tres pasos al aplicarlas. Como vemos la adecuación de las limitaciones y excepciones al entorno digital están dadas para que los Estados las desarrollen si lo estiman conveniente, más no para que los particulares lo hagan de manera independiente y a pesar que

aleguen que están aplicando la regla de los tres pasos, ya que como se ha dicho, esto le compete al legislador.

Hasta aquí se operaría bajo el presupuesto que las universidades utilicen obras literarias y artísticas que le sean totalmente ajenas a ella, es decir, aquellas sobre las cuales no posean ningún tipo de derecho de propiedad. Por otro lado podemos identificar que estos centros educativos pueden contratar los servicios de empresas que crean contenidos educativos para el entorno digital y/o pueden desarrollar sus propios materiales educativos a través de: **a)** profesores, quienes por su contrato laboral ceden los derechos patrimoniales sobre sus producciones intelectuales que sean producto de la labor contratada por la universidad, y **b)** por personal capacitado para transformar dichos materiales al entorno virtual y hacerlos lo más interactivo y pedagógicamente aptos. Vale la pena destacar que a pesar que las plataformas permiten la modificación, inclusión y/o eliminación, de materiales al interior de los cursos, son las personas que administran las plataformas quienes permiten el ingreso o eliminación de materiales y no los profesores de manera libre. Se destaca dentro de lo investigado que son estas personas quienes reciben una fuerte capacitación en el tema de derechos de autor para evitar incurrir en posibles transgresiones.

Es bajo el supuesto que las universidades sean las propietarias de los derechos patrimoniales de los materiales educativos utilizados en sus cursos que se hace posible la adaptación, transformación y/o reproducción que puedan llegar a tener las obras protegidas. Es en este contexto en el que no es necesaria una limitación y excepción expresa al entorno virtual en la legislación vigente, ya que al ser las universidades quienes detentan los derechos patrimoniales, se caería en un absurdo el gestionar permisos para nuevas adaptaciones y/o transformaciones de obras de su propiedad. No obstante, esto no quiere decir que puedan hacer de lado los derechos morales establecidos en nuestra legislación.

Es claro que en Colombia, a diferencia de las legislaciones vistas en el presente documento, no establece limitaciones y excepciones al caso concreto que posibiliten un uso legítimo de los diferentes materiales educativos que no son de propiedad de estos mismos centros de educación, encontrándose que los particulares son los quienes hacen una interpretación conveniente de las

disposiciones contenidas al respecto en el tratado OMPI de internet y de sus declaraciones concertadas, haciéndose evidente incluso la necesidad de establecer excepciones a la normatividad penal vigente en Colombia, ya que ésta no permite, tal y como se encuentra redactada, la transformación, reproducción, almacenamiento y transmisión por medios digitales y ni si quiera la elusión de medidas técnicas de protección que impidan un uso legítimo de las obras, tal y como lo dijo Fernando Zapata López en su entrevista:

“Yo puedo educar con una obra que esté soportada en papel o que esté almacenada en un soporte tecnológico. El asunto es que se debe tener cuidado y asegurarse de que esta cita de esa obra que está en el entorno digital no esté sometida a una medida técnica, de forma tal que no me permita acceder a la obra. Por eso las limitaciones y excepciones no sólo deben establecerse desde el punto de vista de derecho de autor sino también en relación con las medidas técnicas. Es decir, en qué momento yo puedo romper esa medida técnica exhaustiva que me impide hacer el ejercicio de mi derecho”

No se puede hacer de lado el hecho que las limitaciones y excepciones que se adopten para este entorno, deben tener en cuenta también las medidas técnicas de protección, las cuales, como vimos en la legislación norteamericana, pueden ser objeto de elusión en determinados casos en lo que se esté impidiendo un uso legítimo de las obras a las personas, excepción que en el caso colombiano, teniendo en cuenta la disposición estudiada del código penal, no existe, situación que se identifica como grave.

Por otro lado, el almacenamiento permanente y transitorio de obras es apenas abordado desde la declaración concertada del tratado OMPI, encontrándose una diferencia sustancial con las legislaciones foráneas que abordan esta situación, regulando normativamente el sujeto al que va dirigida la excepción, los parámetros de utilización de los objetos digitales y todas las diferentes obras utilizadas y no sólo las literarias, así como la supervisión que deben ejercer los sujetos a quienes va dirigida la norma sobre la utilización de estos objetos y los cuidados y/o información que se debe suministrar a los beneficiarios de esta norma (los estudiantes). A pesar de el vacío, se están dando los primeros pasos en normativizar el entorno digital, como lo ha sido la adaptación del antes llamado Ministerio de Comunicaciones, la adjudicación de nuevas funciones acordes a los procesos de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, pero

quedando aún muchos aspectos generales y particulares por abordar como lo son las responsabilidades de los diferentes actores intervinientes en estos procesos de comunicación y en especial las disposiciones relativas a la educación virtual.

Es de esta manera que se confirma la hipótesis planteada al inicio de este trabajo de investigación, ya que las Universidades que ofrecen cursos virtuales o se apoyan en el entorno digital para cumplir sus fines educativos han promovido, desde la escasa o nula normatividad existente en nuestro país, una actividad tendiente al respeto por los derechos de autor en el entorno digital y por involucrar a los diferentes actores que intervienen en el proceso educacional por el conocimiento y adopción de una cultura de respeto de estos derechos, siendo parte fundamental del desarrollo de todas las personas el tener el acceso a la cultura y a la educación pero siempre teniendo en cuenta que existe un autor, un respeto por la producción inmaterial de las personas que han puesto a disposición de todos sus conocimientos y/o expresiones para el crecimiento y desarrollo educacional de todos.

BIBLIOGRAFÍA

Acta de la Conferencia Internacional para la Protección de Obras Literarias y Artísticas reunida en Berna del 8 al 19 de Septiembre de 1884. Oficina Internacional, Berna 1884. 68 p. En: FICSOR, Mihály. Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor en el Ámbito Digital. Traducción: RODRÍGUEZ MORENO, Sofía. Publicado por UNESCO y Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia, 2008. 23 p.

ADPIC. Anexo 1 C.

ANÓNIMO. Glosario de derechos de autor. [en línea]. [consultado el 1 de mayo de 2009]. Disponible en http://www.acta.es/derechos_autor/da_glosario.htm

BLACKBOARD. Learn capabilities. [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://www.blackboard.com/Teaching-Learning/Learn-Capabilities/Course-Delivery.aspx>

BARCHINO, Roberto; GUTIÉRREZ, José M. y OTÓN, Salvador. Panorámica de las Herramientas de Apoyo a la Teleformación. Universidad de Alcalá. Departamento de Ciencias de la Computación, 28871. Alcalá de Henares, España [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2009]. Disponible en: <http://ftp.informatik.rwth-aachen.de/Publications/CEUR-WS/Vol-117/paper02.pdf>

CÁMARA COLOMBIANA DEL LIBRO. ¿Qué es el ISBN?. [en línea]. [consultado el 23 de febrero de 2011]. Disponible en http://www.camlibro.com.co/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=2.

CARREÑO, Rafael. Derecho de Autor: Un viejo Campo Minado. diapositiva 7. [en línea]. [consultado el 20 de febrero de 2009]. Disponible en www.cenditel.gob.ve/node/655

CASSANY, Daniel. De lo analógico a lo digital. El futuro de la enseñanza de la composición. [en línea]. [Consultado el 12 de enero de 2009]. Disponible en <http://www.navactiva.com/web/es/atic/doc/glosario/internet/?letra=T>

CASTRO, Verónica. La evolución de la educación a distancia. 1 p. [en línea]. [consultado el 11 de marzo de 2007] www.udenar.edu.co/.../LA%20EVOLUCI%20N%20DE%20LA%20EDUCACI%20N%20A%20DISTANCIA.doc

CENTRO ESPAÑOL DE DERECHOS REPROGRÁFICOS. Misión. [en línea]. [consultado el 15 de junio de 2009]. Disponible en <http://www.cedro.org/mision.asp>

------. Preguntas frecuentes sobre el Acuerdo Google. [en línea]. [consultado el 15 de junio de 2009]. Disponible en <http://www.cedro.org/>

CENTRO VIRTUAL CERVANTES. Diccionario. [en línea]. [consultado el 19 de septiembre de 2011]. Disponible en http://cvc.cervantes.es/ensenanza/biblioteca_ele/diccio_ele/diccionario/librotexto.htm

CLAROLINE. Features. [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2009] Disponible en <http://www.claroline.net/features.html>

CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO. Editorial LEGIS, 2009.

COMUNIDAD ANDINA. Reseña. [en línea]. [consultado el 23 de marzo de 2009]. Disponible en <http://www.comunidadandina.org/quienes/resena.htm>

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS. Copyright Act. 1790.

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS. Digital Millenium Copyright Act.

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS. TEACH Act. 2002.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Editorial LEGIS, 2009.

CONVENIO ANDRÉS BELLO. Información. [en línea]. [consultado el 23 de marzo de 2009]. Disponible en: <http://www.convenioandresbello.info/?idcategoria=1128>

CONSTITUCIÓN DE ESPAÑA DE 1978. [en línea]. [consultado el 15 de marzo de 2009]. Disponible en <http://www.boe.es/aeboe/consultas/enlaces/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf>

CONVENIO DE BERNA. [en línea]. [consultado el 22 de noviembre de 2007]. Disponible en http://www.wipo.int/treaties/es/ip/berne/trtdocs_wo001.html

CORREA CARDOZO, Hernán. Retos del Entorno Digital al Régimen de Limitaciones y Excepciones. En Revista Iberoamericana de Derecho de Autor, CERLALC. Año 1, Enero - Junio 2007. p. 102 – 103.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-975 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1183 de 2000. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-276 de 1996. M.P. Julio César Ortiz Gutiérrez.

CUESTA, Albert. Este e-libro se autodestruirá dentro de dos meses. [en línea]. [consultado el 22 de marzo de 2009]. Disponible en <http://www.canalpda.com/2004/12/22/234e+libro+se+autodestruira+dentro+dos+m+eses>

DANE – Departamento Administrativo Nacional de Estadística; Tecnologías de la Información y las Comunicaciones – TIC. Estadísticas e indicadores del sector comunidad, Resumen Ejecutivo, Bogotá, 2003.

DANE - Departamento Administrativo Nacional de Estadística. Boletín de Prensa del 25 de marzo de 2009. Indicadores Básicos de Tecnologías de la Información y la Comunicación TIC. 13 p.

DECISIÓN ANDINA 351 DE 1993. Código Civil LEGIS. Suplemento, 2009.

DECRETO 2310 de 18 de agosto 1972. España.

LIPSZYC, Delia. Nuevos temas de derechos de autor y derechos conexos: El acuerdo sobre los ADPIC de la OMC. Buenos Aires, Argentina. UNESCO, 2004. P. 17 – 64.

DICCIONARIO DE INFORMÁTICA. [en línea] [consultado el 19 de septiembre de 2011]. Disponible en <http://www.alegsa.com.ar/Dic/telematica.php>. Campus virtual: *“Aplicación telemática en entorno web que permite la interrelación entre todos los componentes de una Comunidad Educativa de una universidad, trasciende los límites físicos de una universidad.”* Definición encontrada en http://ses4.sep.gob.mx/wb/ses/ses_glosario?page=2&

DICCIONARIO INFORMÁTICO. [en línea]. [consultado el 12 de marzo de 2009]. Disponible en <http://www.alegsa.com.ar/Dic/encryptacion.php>

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA (DRAE). [en línea]. [consultado el 23 de marzo de 2009]. Disponible en <http://buscon.rae.es/drael/>

DIRECCIÓN NACIONAL DE DERECHOS DE AUTOR. Concepto. [En línea]. [Consultado el 8 de octubre de 2011]. Disponible en: http://www.derechodeautor.gov.co/htm/legal/servicios/conceptos/arch_conceptos/2-2008-13224.pdf

DIRECTIVA EUROPEA 96/9/CE, Sobre la Protección Jurídica de las Bases de Datos.

DIRECTIVA EUROPEA 2001/29/CE. Relativa a la Armonización de determinados Aspectos de los Derechos de Autor y los Derechos Afines a los Derechos de Autor en la Sociedad de la Información.

DOI. [en línea]. [consultado el 22 de marzo de 2009]. Disponible en: www.doi.org

DOKEOS. Productos. [en línea]. [consultado el 21 de abril de 2009]. Disponible en <http://www.dokeos.com/es/productos/oogie>

FACUNDO D., Angel H. La Educación Superior Virtual en Colombia. UNESCO e Instituto Internacional para la Educación Superior en América Latina y el Caribe – IIESALC. Bogotá, 2003. 27 p.

FICSOR, Mihály. La Gestión Colectiva del Derecho de Autor y de los Derechos Conexos. Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), 2002. p. 16.

-----, Limitaciones y Excepciones al Derecho de Autor en el Ámbito Digital. Traducción: Rodríguez Moreno, Sofía. Publicado por UNESCO y Dirección Nacional de Derechos de Autor de Colombia, 2008. 48 p.

-----, -----, Aplicación de las limitaciones y excepciones en el entorno y en la red digital. La Ley para la Enseñanza de los Estados Unidos. En : Revista iberoamericana de derecho de autor. Año 1, No. 1 (Enero – Junio 2007); p. 26 – 27.

GONZÁLEZ, Luis José, et. al. La Educación Superior a Distancia en Colombia. Visión Histórica y Lineamientos para su Gestión. Bogotá: ICFES, 2000. 25 p.

GUTIÉRREZ RODAS, Javier Antonio. Definición de un modelo pedagógico para la Educación Virtual en el CES. Editorial CES, 2004. 22 p.

HERNÁNDEZ, Elizabeth; LÓPEZ, Mónica y MORALES, Sara. Internet: una posibilidad de educación a distancia. En: Revista Electrónica Razón y Palabra. 1p. [en línea]. [consultado visitado el 11 de marzo de 2007]. Disponible en: <http://www.cem.itesm.mx/dacs/publicaciones/logos/anteriores/n36/internet.html>

HÖLMBERG, Börje. Educación a distancia. Situación y perspectivas. Buenos Aires: Kapelusz, 1985.

KEPLINGLER, Michael S. Seminario Nacional de la OMPI sobre Derechos de Autor y Derechos Conexos, sus Limitaciones y Excepciones en el Entorno Digital. La Protección de la Propiedad Intelectual y la Economía Digital: La Ley de Derecho de Autor para el Milenio Digital de los Estados Unidos de América, 31 de agosto de 2000.

LEY 23 DE 1982. Colombia. Editorial LEGIS, 2009.

LEY 30 DE 1992. Colombia. Editorial LEGIS, 2009.

LEY 599 DE 2000. Colombia. Editorial LEGIS, 2009.

LEY ORGÁNICA DE ESPAÑA. 6 de 2001.

LEY 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. España.

LEY 1341 DE 2009. Colombia.

LIMA TORRADO, Jesús. La utilización de los recursos de la plataforma WebCT como instrumento de apoyo en el campo de la ciencia jurídica. [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2009]. Disponible en http://eprints.ucm.es/5800/1/Lima_Torrado.pdf

LYONS, Patrice. Acceso a Representaciones de Imágenes en Color. Una Perspectiva desde el Derecho de Autor y de las Comunicaciones. En : Revista DAT – Derecho de la Alta Tecnología. año VIII, No. 91 (marzo de 1996).

MICROSOFT Corporation. [Enciclopedia Encarta], 2009.

-----, Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. [Enciclopedia Encarta]. 2009.

MILLÉ, Antonio. La Interferencia de la Tecnología Digital en las Normas para la Protección del Derecho de Autor y los Derechos Conexos, y la necesidad de Armonizar las Legislaciones y la Protección Internacional. Bogotá 26 de Septiembre de 1996. Comité de Expertos de América Latina, el Caribe y Canadá sobre la Comunicación y el Derecho de Autor en la Sociedad de la Información Infraestructura de base, protección de los derechos, impacto cultural y social). UNESCO. Buenos Aires, Argentina.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL. Portal Colombia Aprende. [en línea]. [consultado el 14 de noviembre de 2006]. Disponible en www.colombiaaprende.edu.co

-----, En : Universidades de Alta velocidad. Redes que innovan. [en línea]. [consultado el 14 de noviembre de 2006]. Disponible en www.colombiaaprende.edu.co/html/directivos/1598/article-75519.html

-----, -----, Plan Sectorial 2006-2010. Documento No.8. 23 p.

MINISTERIO DEL INTERIOR. Dirección Nacional de Derechos de Autor. [en línea]. [consultado el 30 de enero de 2011]. Disponible en www.derechodeautor.gov.co

MOODLE. Features. [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2009]. Disponible en http://cvs.moodle.org/lang/gl_utf8/docs/features.html?view=co

MURCIA FLORIÁN, Jorge Hernando. Redes del Saber. Investigación Virtual, Proceso Educativo y Autoformación Integral. Colección Alma Mater. Primera Edición: Editorial Magisterio, 2004. 97 p..

NACIONES UNIDAS. Declaración Universal de Derechos Humanos. [en línea]. [consultado el 11 de marzo de 2008]. Disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

NEGROPONTE, Nicholas. Ser Digital, el futuro ya está aquí y sólo existen dos posibilidades: ser digital o no ser. Buenos Aires. Ed. Atlántida, 1995. p. 247.
OMPI. Declaración conjunta relativa al Tratado OMPI. CRNR / DC / 96.

OMPI. Glosario de Derechos de Autor y Derechos Conexos. Publicación de WIPO (World Intellectual Property Organization). Ginebra, 1980. p. 229.

OMPI. Tratado OMPI de Derechos de Autor de 1996.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. 1986.

PACTO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. Observación General 13. 21º Período de Sesiones, 1999. U.N., Doc. E/C.12/1999/10.

PADULA PERKINS, Jorge Eduardo. Sobre distancias y proximidades de la educación no presencial. 1 p. [en línea]. [consultado el 11 de marzo de 2007]. Disponible en: www.udenar.edu.co/.../SOBRE%20DISTANCIAS%20Y%20PROXIMIDADES%20DE%20LA%20EDUCACION%20NO%20PRESENCIAL.doc.

PEARSON, eCollege. Administrador de contenido [en línea]. [consultado el 20 de abril de 2009]. Disponible en: http://www.ecollege.com/espanol/Tecnologia.learn#administrador_de_contenido

PROTOCOLO DE SAN SALVADOR. 1988. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

PROYECTO CES. Cartilla ¿Qué es el proyecto CES?. [en línea]. [consultado el 14 de noviembre de 2006]. Disponible en www.castillalanueva.gov.co/Municipio/ceres/Descargas/Ind.swf

REAL ACADEMIA DE CIENCIAS. El Sistema RSA. Talento Matemático 2002/2003, 30 de julio de 2003. [en línea]. [consultado el 23 de marzo de 2009]. Disponible en <http://www.uam.es/proyectosinv/estalmat/Estalmat/susipablo02.pdf>

REAL DECRETO LEGISLATIVO DE ESPAÑA. 1/1996.

SANGRÁ MORER, Albert. Los retos de la educación a distancia. Conferencia pronunciada en la Universidad Autónoma de Madrid el 20 de mayo de 2002, en el marco del *Seminario de formación de RED-U “La utilización de las tecnologías de la información y la comunicación en Educación Superior: Un enfoque crítico”*.

SCORM. Qué es. [en línea]. [consultado el 19 de septiembre de 2011]. Disponible en http://elearning-scorm.com/que_es_scorm.php

SERNA ROJAS, Juan Carlos. Concepto del Centro de Derechos Reprográficos. 2009.

SÍNTESIS DE LA LEGISLACIÓN DE LA UE. Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea- texto original (versión consolidada). [en línea]. [consultado el 19 de septiembre de 2011]. Disponible en: http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/treaties/treaties_eec_es.htm

TRATADO OMPI DE DERECHOS DE AUTOR. 1996.

TERRA. La criptografía moderna, códigos que esconden mensajes. Cómo opera la criptografía simétrica de clave secreta [en línea]. [consultado el 22 de marzo de 2009]. Disponible en <http://www.terra.es/tecnologia/articulo/html/tec8852.htm>

Torres Cadena, Mónica. Derechos reprográficos y Gestión Colectiva. CERLALC. Bogotá, 2005. 3 p.

TOSO, Francesca. Industrias Culturales y el Derecho de Autor: Los retos y oportunidades en la era de la globalización. Simposio Internacional de Derechos de Autor. El papel del derecho de autor en el estímulo a la cultura de los libros y la lectura en el ámbito digital, Bogotá. 2008.

UNIVERSIDAD NACIONAL ABIERTA Y A DISTANCIA. Acuerdo 06 de 2008.

----- . Acuerdo 009 de 2006.

UNAM. Glosario. [en línea]. [consultado el 30 de mayo de 2007]. Disponible en <http://www.facmed.unam.mx/emc/computo/nvastec/glosario.htm>.

UNED. Estatutos de la Universidad Nacional de Educación a Distancia. 2005.

UNIGARRO, Manuel A. Educación Virtual. Encuentro formativo en el Ciberespacio. Editorial Universidad Autónoma de Bucaramanga, 2007. En: GUTIÉRREZ RODAS, Javier Antonio. Definición de un modelo pedagógico para la Educación Virtual en el CES. Editorial CES, 2004. 22 p.

UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA. Acuerdo 035 de 2002.

----- . [en línea]. [consultado el 11 de abril de 2011]. Disponible en http://www.unal.edu.co/contenido/sobre_un/sobreun_resena.htm

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA. [en línea]. [consultado el 4 de marzo de 2010]. Disponible en <http://portal.uned.es>

UNIVERSIDAD NACIONAL DE EDUCACIÓN A DISTANCIA DE ESPAÑA. Plan Acogida, Guías de Apoyo, Uso y Aprovechamiento de Cursos Virtuales.2006. 15 p.

UNIVERSIDAD DE PHOENIX. [en línea]. [consultado el 12 de septiembre de 2010]. Disponible en www.phoenix.edu

VARGAS SÁNCHEZ, Pedro Camilo. Historia del Derecho de Autor. [en línea]. [consultado el 29 de abril de 2009]. Disponible en <http://www.mincultura.gov.co/index.php?idcategoria=7401>

WORLD INTELLECTUAL PROPERTY. [en línea]. [Consultado el 12 de enero de 2009]. Disponible en http://www.wipo.int/clea/es/text_html.jsp?lang=es&id=4019

XEROX. Historia. [en línea]. [consultado el 18 de octubre de 2008]. Disponible en http://www.xerox.com/go/xrx/template/009.jsp?view=Feature&ed_name=ABOUT_XEROX_ARG_HISTORY&Xcntry=ARG&Xlang=es_AR

YU, Peter K. Intellectual Property and Information Wealth: Copyright and related rights. Greenwood Publishing Group, 2007. 142 p.